



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1992 Vol. 1

1^{er} cahier, 1992 Vol. 1

Cited as [1992] 1 S.C.R. 3-182

Renvoi [1992] 1 R.C.S. 3-182

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

CONTENTS

Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)..... 3

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Environment — Environmental assessment — Whether federal environmental guidelines order intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Environmental law — Environmental assessment — Statutory validity of federal environmental guidelines order — Whether guidelines order authorized by s. 6 of Department of the Environment Act — Whether guidelines order inconsistent with Navigable Waters Protection Act — Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6 — Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 5, 6 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

SOMMAIRE

Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports) 3

Droit constitutionnel — Répartition des pouvoirs législatifs — Environnement — Évaluation environnementale — Les lignes directrices fédérales en matière d'environnement sont-elles intra vires du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Droit de l'environnement — Évaluation environnementale — Validité législative du décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Le décret sur les lignes directrices est-il autorisé par l'art. 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement? — Le décret sur les lignes directrices est-il incompatible avec la Loi sur la protection des eaux navigables? — Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985),

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Environmental law — Environmental assessment — Applicability of federal environmental guidelines order — Alberta building dam on Oldman River — Dam affecting areas of federal responsibility such as navigable waters and fisheries — Whether guidelines order applicable only to new federal projects — Whether Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans must comply with guidelines order — Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4(1)(a), 5(a)(ii), 6 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2 "proposal", "initiating department", 6 — Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5 — Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37.

Crown — Immunity — Provinces — Whether Crown in right of province bound by provisions of Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22 — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.

Administrative law — Judicial review — Remedies — Discretion — Alberta building dam on Oldman River — Dam affecting areas of federal responsibility such as navigable waters and fisheries — Environmental group applying for certiorari and mandamus in Federal Court to compel Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans to comply with federal environmental guidelines order — Applications dismissed on grounds of unreasonable delay and futility — Whether Court of Appeal erred in interfering with motions judge's discretion not to grant remedy sought.

R. v. Bain 91

Constitutional law — Charter of Rights — Right to impartial tribunal — Jury selection — Crown's right to stand jurors aside — Peremptory challenges — Whether s. 563 of the Criminal Code inconsistent with s. 11(d) — If so, whether saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562(1), (2), (3), 563(1), (2), (3), 567(1)(a), (b), (c), (e), (f), (2), 570(1), (2).

Criminal law — Jury selection — Crown's right to stand jurors aside — Peremptory challenges — Whether s. 563 of the Criminal Code inconsistent with s. 11(d) — If so, whether saved by s. 1.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused wishing to know if lawyer hired — Accused asked if father had telephoned — Question answered literally by police and accused not told that lawyer hired by his father — Accused interviewed and statements made — Whether or not statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

Evidence — Admissibility — Infringement of right to counsel — Accused interviewed and statements made — Whether or not statements admissible.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ch. E-10, art. 6 — Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5, 6 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Droit de l'environnement — Évaluation environnementale — Applicabilité du décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Construction d'un barrage par l'Alberta sur la rivière Oldman — Barrage touchant des domaines de compétence fédérale comme les eaux navigables et les pêches — Le décret sur les lignes directrices s'applique-t-il seulement aux nouveaux projets fédéraux? — Le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans sont-ils tenus de se conformer au décret sur les lignes directrices? — Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 4(1)a), 5a)(ii), 6 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 2 "proposition", "ministère responsable", 6 — Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5 — Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35, 37.

Couronne — Immunité — Provinces — La Couronne du chef de la province est-elle liée par les dispositions de la Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Redressements — Pouvoir discrétionnaire — Construction d'un barrage par l'Alberta sur la rivière Oldman — Barrage touchant des domaines de compétence fédérale comme les eaux navigables et les pêches — Groupe environnemental, par demande de bref de certiorari et de bref de mandamus à la Cour fédérale, cherche à forcer le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans à se conformer au décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Demandes rejetées en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder la réparation demandée?

R. c. Bain 91

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être jugé par un tribunal impartial — Sélection des jurés — Droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart — Récusations péremptoires — L'article 563 du Code criminel est-il incompatible avec l'art. 11d)? — Si oui, est-il justifié en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562(1), (2), (3), 563(1), (2), (3), 567(1)a), b), c), e), f), (2), 570(1), (2).

Droit criminel — Sélection des jurés — Droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart — Récusations péremptoires — L'article 563 du Code criminel est-il incompatible avec l'art. 11d)? — Si oui, est-il justifié en vertu de l'article premier?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Lohnes 167

Criminal law — Disorderly conduct — Causing disturbance — Accused shouting obscenities at neighbour — Meaning of "disturbance" — Whether accused caused a disturbance in public place — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 175(1)(a)(i).

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé voulait savoir si les services d'un avocat avaient été retenus — L'accusé a demandé si son père avait téléphoné — Les policiers ont répondu littéralement à la question sans informer l'accusé que son père avait retenu les services d'un avocat — L'accusé a été interrogé et a fait des déclarations — Ces déclarations sont-elles admissibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

Preuve — Admissibilité — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé a été interrogé et a fait des déclarations — Ces déclarations sont-elles admissibles?

R. c. Lohnes 167

Droit criminel — Inconduite — Faire du tapage — L'accusé a crié des obscénités à un voisin — Sens de "tapage" — L'accusé a-t-il fait du tapage dans un endroit public? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 175(1)(a)(i).



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9

**Her Majesty The Queen in right of Alberta,
as represented by the Minister of Public
Works, Supply and Services** *Appellant*

**Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta,
représentée par le ministre des Travaux
publics, des Approvisionnements et des
Services** *Appelante*

and

et

**The Minister of Transport and the Minister
of Fisheries and Oceans** *Appellants*

**Le ministre des Transports et le ministre des
Pêches et des Océans** *Appellants*

v.

c.

**Friends of the Oldman River
Society** *Respondent*

**Friends of the Oldman River
Society** *Intimée*

and

et

**The Attorney General of Quebec, the
Attorney General for New Brunswick, the
Attorney General of Manitoba, the Attorney
General of British Columbia, the Attorney
General for Saskatchewan, the Attorney
General of Newfoundland, the Minister of
Justice of the Northwest Territories, the
National Indian Brotherhood/Assembly of
First Nations, the Dene Nation and the
Metis Association of the Northwest
Territories, the Native Council of Canada
(Alberta), the Sierra Legal Defence Fund,
the Canadian Environmental Law
Association, the Sierra Club of Western
Canada, the Cultural Survival (Canada), the
Friends of the Earth and the Alberta
Wilderness Association** *Intervenors*

**Le procureur général du Québec, le
procureur général du Nouveau-Brunswick,
le procureur général du Manitoba, le
procureur général de la Colombie-
Britannique, le procureur général de la
Saskatchewan, le procureur général de
Terre-Neuve, le ministre de la Justice des
Territoires du Nord-Ouest, la Fraternité des
Indiens du Canada/l'Assemblée des
Premières Nations, la Nation dénée et
l'Association des Métis des Territoires du
Nord-Ouest, le Conseil national des
autochtones du Canada (Alberta), le Sierra
Legal Defence Fund, l'Association
canadienne du droit de l'environnement,
le Sierra Club of Western Canada,
Survie culturelle (Canada), les Amis de la
Terre et l'Alberta Wilderness
Association** *Intervenants*

INDEXED AS: FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER
SOCIETY v. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT)

RÉPERTORIÉ: FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER
SOCIETY c. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS)

File No.: 21890.

N° du greffe: 21890.

1991: February 19, 20; 1992: January 23.

1991: 19, 20 février; 1992: 23 janvier.

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

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Distribution of legislative powers — Environment — Environmental assessment — Whether federal environmental guidelines order intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Environmental law — Environmental assessment — Statutory validity of federal environmental guidelines order — Whether guidelines order authorized by s. 6 of Department of the Environment Act — Whether guidelines order inconsistent with Navigable Waters Protection Act — Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6 — Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 5, 6 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

Environmental law — Environmental assessment — Applicability of federal environmental guidelines order — Alberta building dam on Oldman River — Dam affecting areas of federal responsibility such as navigable waters and fisheries — Whether guidelines order applicable only to new federal projects — Whether Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans must comply with guidelines order — Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4(1)(a), 5(a)(ii), 6 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2 “proposal”, “initiating department”, 6 — Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5 — Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37.

Crown — Immunity — Provinces — Whether Crown in right of province bound by provisions of Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22 — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.

Administrative law — Judicial review — Remedies — Discretion — Alberta building dam on Oldman River — Dam affecting areas of federal responsibility such as navigable waters and fisheries — Environmental group applying for certiorari and mandamus in Federal Court to compel Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans to comply with federal environmental

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Répartition des pouvoirs législatifs — Environnement — Évaluation environnementale — Les lignes directrices fédérales en matière d'environnement sont-elles intra vires du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Droit de l'environnement — Évaluation environnementale — Validité législative du décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Le décret sur les lignes directrices est-il autorisé par l'art. 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement? — Le décret sur les lignes directrices est-il incompatible avec la Loi sur la protection des eaux navigables? — Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 6 — Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5, 6 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

Droit de l'environnement — Évaluation environnementale — Applicabilité du décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Construction d'un barrage par l'Alberta sur la rivière Oldman — Barrage touchant des domaines de compétence fédérale comme les eaux navigables et les pêches — Le décret sur les lignes directrices s'applique-t-il seulement aux nouveaux projets fédéraux? — Le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans sont-ils tenus de se conformer au décret sur les lignes directrices? — Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 4(1)a, 5a(ii), 6 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 2 «proposition», «ministère responsable», 6 — Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5 — Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35, 37.

Couronne — Immunité — Provinces — La Couronne du chef de la province est-elle liée par les dispositions de la Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Redressements — Pouvoir discrétionnaire — Construction d'un barrage par l'Alberta sur la rivière Oldman — Barrage touchant des domaines de compétence fédérale comme les eaux navigables et les pêches — Groupe environnemental, par demande de bref de certiorari et de bref de mandamus à la Cour fédérale, cherche à for-

guidelines order — Applications dismissed on grounds of unreasonable delay and futility — Whether Court of Appeal erred in interfering with motions judge's discretion not to grant remedy sought.

The respondent Society, an Alberta environmental group, brought applications for *certiorari* and *mandamus* in the Federal Court seeking to compel the federal departments of Transport and Fisheries and Oceans to conduct an environmental assessment, pursuant to the federal *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, in respect of a dam constructed on the Oldman River by the province of Alberta — a project which affects several federal interests, in particular navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands. The Guidelines Order was established under s. 6 of the federal *Department of the Environment Act* and requires all federal departments and agencies that have a decision-making authority for any proposal (i.e., any initiative, undertaking or activity) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility to initially screen such proposal to determine whether it may give rise to any potentially adverse environmental effects. The province had itself conducted extensive environmental studies over the years which took into account public views, including the views of Indian bands and environmental groups, and, in September 1987, had obtained from the Minister of Transport an approval for the work under s. 5 of the *Navigable Waters Protection Act*. This section provides that no work is to be built in navigable waters without the prior approval of the Minister. In assessing Alberta's application, the Minister considered only the project's effect on navigation and no assessment under the Guidelines Order was made. Respondent's attempts to stop the project in the Alberta courts failed and both the federal Ministers of the Environment and of Fisheries and Oceans declined requests to subject the project to the Guidelines Order. The contract for the construction of the dam was awarded in 1988 and the project was 40 percent complete when the respondent commenced its action in the Federal Court in April 1989. The Trial Division dismissed the applications. On appeal, the Court of Appeal reversed the judgment, quashed the approval under s. 5 of the *Navigable Waters Protection Act*, and ordered the Ministers of Transport and of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order. This appeal raises the constitutional and statutory validity of the Guidelines Order as well as its nature and applicability. It also raises the

cer le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans à se conformer au décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Demandes rejetées en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder la réparation demandée?

L'intimée, la Friends of the Oldman River Society (la «Société»), un groupe environnemental de l'Alberta, par demande de bref de *certiorari* et de bref de *mandamus* présentée à la Cour fédérale, cherche à forcer deux ministères fédéraux, le ministère des Transports et le ministère des Pêches et des Océans, à procéder à une évaluation environnementale conformément au *Décret fédéral sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, relativement à un barrage construit sur la rivière Oldman par la province d'Alberta—un projet qui touche plusieurs sphères de compétence fédérale, notamment les eaux navigables, les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes. Le Décret sur les lignes directrices a été pris en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* et exige de tous les ministères et organismes fédéraux qui exercent un pouvoir de décision à l'égard d'une proposition (c'est-à-dire une entreprise ou activité) susceptible d'entraîner des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale, qu'ils procèdent à un examen initial de cette proposition afin de déterminer si elle peut éventuellement comporter des effets défavorables sur l'environnement. La province a elle-même procédé au cours des années à d'importantes études environnementales qui ont donné lieu à des consultations publiques, notamment auprès des bandes indiennes et des groupes environnementaux, et, en septembre 1987, avait obtenu du ministre des Transports une approbation de l'ouvrage en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Cette disposition prévoit qu'il est interdit de construire un ouvrage dans les eaux navigables à moins qu'il n'ait préalablement été approuvé par le ministre. Dans l'évaluation de la demande de l'Alberta, le ministre n'a examiné que l'incidence du projet sur la navigation et aucune évaluation n'a été faite en vertu du Décret sur les lignes directrices. Les tentatives de l'intimée devant les tribunaux de l'Alberta pour faire arrêter le projet ont échoué et les ministres fédéraux de l'Environnement et des Pêches et des Océans ont refusé d'assujettir le projet à l'évaluation en vertu du Décret sur les lignes directrices. Le contrat de construction du barrage a été octroyé en 1988 et les travaux étaient achevés à 40 pour 100 lorsque la présente action a été intentée

question whether the motions judge properly exercised his discretion in deciding not to grant the remedy sought on grounds of unreasonable delay and futility.

Held (Stevenson J. dissenting): The appeal should be dismissed, with the exception that there should be no order in the nature of mandamus directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the Guidelines Order.

Statutory Validity of the Guidelines Order

The Guidelines Order was validly enacted pursuant to s. 6 of the *Department of the Environment Act*, and is mandatory in nature. When one reads s. 6 as a whole, rather than focusing on the word "guidelines" in isolation, it is clear that Parliament has elected to adopt a regulatory scheme that is "law", and amenable to enforcement through prerogative relief. The "guidelines" are not merely authorized by statute but must be formally enacted by "order" with the approval of the Governor in Council. That is in striking contrast with the usual internal ministerial policy guidelines intended for the control of public servants under the minister's authority.

The Guidelines Order, which requires the decision maker to take socio-economic considerations into account in the environmental impact assessment, does not go beyond what is authorized by the *Department of the Environment Act*. The concept of "environmental quality" in s. 6 of the Act is not confined to the biophysical environment alone. The environment is a diffuse subject matter and, subject to the constitutional imperatives, the potential consequences for a community's livelihood, health and other social matters from environ-

devant la Cour fédérale en avril 1989. La Section de première instance a rejeté les demandes. La Cour d'appel a infirmé le jugement, annulé l'approbation accordée en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables* et ordonné aux ministres des Transports et des Pêches et des Océans de se conformer au Décret sur les lignes directrices. Le présent pourvoi soulève la validité constitutionnelle et législative du Décret sur les lignes directrices et porte sur la nature et l'applicabilité de celui-ci. Il soulève aussi la question de savoir si le juge des requêtes a bien exercé son pouvoir discrétionnaire dans sa décision de ne pas accorder le redressement demandé en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure.

Arrêt (le juge Stevenson est dissident): Le pourvoi est rejeté, sauf qu'il ne sera pas délivré de bref de la nature d'un *mandamus* ordonnant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au Décret sur les lignes directrices.

La validité législative du Décret sur les lignes directrices

Le Décret sur les lignes directrices a été validement adopté conformément à l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* et il est de nature impérative. Lorsqu'on examine l'art. 6 dans son ensemble, plutôt que seulement le terme «directives» en vase clos, on se rend compte que le législateur fédéral a opté pour l'adoption d'un mécanisme de réglementation auquel on est soumis «légalement» et dont on peut obtenir l'exécution par bref de prérogative. Les «directives» ne sont pas simplement autorisées par une loi, mais elles doivent être officiellement adoptées par «arrêté», sur approbation du gouverneur en conseil. Ce processus contraste vivement avec le processus habituel d'établissement de directives de politique interne ministérielle destinées à exercer un contrôle sur les fonctionnaires relevant de l'autorité du ministre.

Le Décret sur les lignes directrices, qui exige du décideur qu'il tienne compte de facteurs socio-économiques dans l'évaluation des répercussions environnementales, ne va pas au-delà de ce qui est autorisé par la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Le concept de la «qualité de l'environnement» prévu à l'art. 6 de la Loi ne se limite pas à l'environnement biophysique seulement. L'environnement est un sujet diffus et, sous réserve des impératifs constitutionnels, les conséquences éventuelles d'un changement environnemental sur le gagne-pain, la santé et les autres préoccupations sociales d'une collectivité font partie intégrante de la prise de décisions

mental change, are integral to decision making on matters affecting environmental quality.

The Guidelines Order is consistent with the *Navigable Waters Protection Act*. There is nothing in the Act which explicitly or implicitly precludes the Minister of Transport from taking into consideration any matters other than marine navigation in exercising his power of approval under s. 5 of the Act. The Minister's duty under the Order is supplemental to his responsibility under the *Navigable Waters Protection Act*, and he cannot resort to an excessively narrow interpretation of his existing statutory powers to avoid compliance with the Order. There is also no conflict between the requirement for an initial assessment "as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken" in s. 3 of the Guidelines Order, and the remedial power under s. 6(4) of the Act to grant approval after the commencement of construction. That power is an exception to the general rule in s. 5 of the Act requiring approval prior to construction, and in exercising his discretion to grant approval after commencement, the Minister is not precluded from applying the Order.

Applicability of the Guidelines Order

The scope of the Guidelines Order is not restricted to "new federal projects, programs and activities"; the Order is not engaged every time a project may have an environmental effect on an area of federal jurisdiction. However, there must first be a "proposal" which requires an "initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility". The proper construction to be placed on the term "responsibility" is that the federal government, having entered the field in a subject matter assigned to it under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, must have an affirmative regulatory duty pursuant to an Act of Parliament which relates to the proposed initiative, undertaking or activity. "Responsibility" within the definition of "proposal" means a legal duty or obligation and should not be read as connoting matters falling generally within federal jurisdiction. Once such a duty exists, it is a matter of identifying the "initiating department" assigned responsibility for its performance, for it then becomes the "decision making authority" for the proposal and

concernant des questions ayant une incidence sur la qualité de l'environnement.

Le Décret sur les lignes directrices est compatible avec la *Loi sur la protection des eaux navigables*. La Loi n'a pas pour effet d'empêcher explicitement ou implicitement le ministre des Transports de tenir compte de facteurs autres que ceux touchant la navigation dans l'exercice de son pouvoir d'approbation en vertu de l'art. 5 de la Loi. La fonction confiée au ministre en vertu du Décret vient s'ajouter à la responsabilité qu'il a en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, et il ne peut invoquer une interprétation trop étroite des pouvoirs qui lui sont conférés par des lois pour éviter de se conformer au Décret. Il n'existe pas non plus de conflit entre, d'une part, le fait d'exiger, à l'art. 3 du Décret sur les lignes directrices, qu'un examen soit effectué «le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables» et, d'autre part, le pouvoir de redressement, prévu au par. 6(4) de la Loi, permettant au ministre d'accorder une approbation après le début des travaux. Ce pouvoir constitue une exception à la règle générale énoncée à l'art. 5 de la Loi selon laquelle il faut obtenir une approbation avant le début de la construction et, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une approbation après le début des travaux, rien n'empêche le ministre d'appliquer le Décret.

L'applicabilité du Décret sur les lignes directrices

L'application du Décret sur les lignes directrices n'est pas restreinte aux «nouveaux projets, programmes et activités fédéraux»; le Décret ne reçoit pas application chaque fois qu'un projet peut comporter des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. Il doit toutefois s'agir tout d'abord d'une «proposition» qui vise une «entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». L'interprétation qu'il faut donner à l'expression «participe à la prise de décisions» est que le gouvernement fédéral, se trouvant dans un domaine relevant de sa compétence en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doit avoir une obligation positive de réglementation en vertu d'une loi fédérale relativement à l'entreprise ou à l'activité proposée. L'expression «participe à la prise de décisions» dans la définition du terme «proposition» signifie une obligation légale et ne devrait pas être interprétée comme ayant trait à des questions relevant généralement de la compétence fédérale. Si cette obligation existe, il s'agit alors de déterminer qui est le «ministère responsable» en la matière, puisque c'est ce ministère qui exerce le «pouvoir de

thus responsible for initiating the process under the Guidelines Order.

The Oldman River Dam project falls within the ambit of the Guidelines Order. The project qualifies as a proposal for which the Minister of Transport alone is the "initiating department" under s. 2 of the Order. The *Navigable Waters Protection Act*, in particular s. 5, places an affirmative regulatory duty on the Minister of Transport. Under that Act there is a legislatively entrenched regulatory scheme in place in which the approval of the Minister is required before any work that substantially interferes with navigation may be placed in, upon, over or under, through or across any navigable water.

The Guidelines Order does not apply to the Minister of Fisheries and Oceans, however, because there is no equivalent regulatory scheme under the *Fisheries Act* which is applicable to this project. The discretionary power to request or not to request information to assist a Minister in the exercise of a legislative function does not constitute a "decision making responsibility" within the meaning of the Order. The Minister of Fisheries and Oceans under s. 37 of the *Fisheries Act* has only been given a limited *ad hoc* legislative power which does not constitute an affirmative regulatory duty.

The scope of assessment under the Guidelines Order is not confined to the particular head of power under which the Government of Canada has a decision-making responsibility within the meaning of the term "proposal". Under the Order, the initiating department which has been given authority to embark on an assessment must consider the environmental effect on all areas of federal jurisdiction. The Minister of Transport, in his capacity of decision maker under the *Navigable Waters Protection Act*, must thus consider the environmental impact of the dam on such areas of federal jurisdiction as navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands.

Crown Immunity

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The Crown in right of Alberta is bound by the *Navigable Waters Protection Act* by necessary implication. The proprietary right the province may have in the bed of the Oldman River is subject to the public right of navigation, legislative jurisdiction over which has been exclusively vested in Parliament. Alberta requires statutory

décision» à l'égard de la proposition et qui doit donc entamer le processus d'évaluation visé par le Décret sur les lignes directrices.

Le projet de barrage sur la rivière Oldman est visé par le Décret sur les lignes directrices. Il peut être qualifié de proposition dont le ministre des Transports seul est le «ministère responsable» en vertu de l'art. 2 du Décret. La *Loi sur la protection des eaux navigables*, notamment son art. 5, impose une obligation positive de réglementation au ministre des Transports. Cette loi a mis en place un mécanisme de réglementation qui prévoit qu'il est nécessaire d'obtenir l'approbation du ministre avant qu'un ouvrage qui gêne sérieusement la navigation puisse être placé dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers de telles eaux.

Cependant, le Décret sur les lignes directrices ne s'applique pas au ministre des Pêches et des Océans, puisque la *Loi sur les pêches* ne renferme pas de disposition de réglementation équivalente qui serait applicable au projet. Le fait que le ministre possède le pouvoir discrétionnaire de demander des renseignements visant à l'aider dans l'exercice d'une fonction législative ne signifie pas qu'il «participe à la prise de décisions» au sens du Décret. Le ministre des Pêches et des Océans a, en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les pêches*, un pouvoir législatif spécial limité qui ne constitue pas une obligation positive de réglementation.

L'étendue de l'évaluation en vertu du Décret sur les lignes directrices n'est pas limitée au domaine particulier de compétence à l'égard duquel le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions au sens du terme «proposition». En vertu du Décret, le ministère responsable qui a reçu le pouvoir de procéder à l'évaluation doit tenir compte des répercussions environnementales dans tous les domaines de compétence fédérale. Le ministre des Transports, à titre de décideur en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, doit examiner les incidences environnementales du barrage sur les domaines de compétence fédérale, comme les eaux navigables, les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes.

L'immunité de la Couronne

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: La Couronne du chef de l'Alberta est par déduction nécessaire liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Le droit de propriété que la province peut détenir sur le lit de la rivière Oldman est assujéti au droit public de navigation, sur lequel le Parlement exerce une compétence législative exclusive. L'Alberta

authorization from Parliament to erect any obstruction that substantially interferes with navigation in the Oldman River, and the *Navigable Waters Protection Act* is the means by which it must be obtained. The Crown in right of Alberta is bound by the Act, for it is the only practicable procedure available for getting approval. The purpose of the Act would be wholly frustrated if the province was not bound by the Act. The provinces are among the bodies that are likely to engage in projects that may interfere with navigation. Were the Crown in right of a province permitted to undermine the integrity of the essential navigational networks in Canadian waters, the legislative purpose of the *Navigable Waters Protection Act* would effectively be emasculated.

Per Stevenson J. (dissenting): The province of Alberta is not bound by the *Navigable Waters Protection Act*. The Crown is not bound by legislation unless it is mentioned or referred to in the legislation. Here, there are no words in the Act "expressly binding" the Crown and no clear intention to bind "is manifest from the very terms of the statute". As well, the failure to include the Crown would not wholly frustrate the purpose of the Act or produce an absurdity. There are many non-governmental agencies whose activities are subject to the Act and there is thus no emasculation of the Act. If the Crown interferes with a public right of navigation, that wrong is remediable by action. There is no significant benefit in approval under the Act. Tort actions may still lie.

Constitutional Validity of the Guidelines Order

The "environment" is not an independent matter of legislation under the *Constitution Act, 1867*. Understood in its generic sense, it encompasses the physical, economic and social environment and touches upon several of the heads of power assigned to the respective levels of government. While both levels may act in relation to the environment, the exercise of legislative power affecting environmental concerns must be linked to an appropriate head of power. Local projects will generally fall within provincial responsibility, but federal participation will be required if, as in this case, the project impinges on an area of federal jurisdiction.

The Guidelines Order is *intra vires* Parliament. The Order does not attempt to regulate the environmental effects of matters within the control of the province but

doit obtenir l'autorisation législative du Parlement pour construire un ouvrage qui entraverait sérieusement la navigation dans la rivière Oldman; la *Loi sur la protection des eaux navigables* est le mécanisme qu'elle doit utiliser à cette fin. La Couronne du chef de l'Alberta est liée par la Loi, car il s'agit là du seul moyen pratique d'obtenir l'approbation requise. Par ailleurs, si la province n'était pas liée par la Loi, celle-ci serait privée de toute efficacité. Les provinces font partie des organismes susceptibles de participer à des projets qui peuvent obstruer la navigation. Si la Couronne du chef d'une province était habilitée à saper l'intégrité des réseaux essentiels de navigation dans les eaux canadiennes, l'objet de la *Loi sur la protection des eaux navigables* serait, en fait, annihilé.

Le juge Stevenson (dissident): La province d'Alberta n'est pas liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Nul texte législatif ne lie la Couronne, sauf dans la mesure qui y est mentionnée ou prévue. En l'espèce, la Loi ne renferme pas de termes qui «lient expressément» la Couronne et il n'existe pas d'intention claire de la lier qui «ressort du texte même de la loi». En outre, le fait que la Couronne ne soit pas liée ne priverait pas la Loi de toute efficacité ni ne donnerait lieu à une absurdité. Il existe de nombreux organismes non gouvernementaux dont les activités sont régies par la Loi et l'objet de la Loi n'est donc pas annihilé. Si la Couronne porte atteinte à un droit public de navigation, il est possible de la poursuivre en justice. Il n'y a pas d'avantage important lié à l'approbation en vertu de la Loi. Il peut toujours y avoir ouverture à responsabilité civile.

La validité constitutionnelle du Décret sur les lignes directrices

L'«environnement» n'est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans son sens générique, il englobe l'environnement physique, économique et social touchant plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement. Bien que les deux paliers puissent œuvrer dans le domaine de l'environnement, l'exercice d'une compétence législative, dans la mesure où elle se rapporte à l'environnement, doit se rattacher au domaine de compétence approprié. Les projets de nature locale relèvent généralement de la compétence provinciale, mais ils peuvent exiger la participation du fédéral dans le cas où ils empiètent sur un domaine de compétence fédérale comme en l'espèce.

Le Décret sur les lignes directrices est *intra vires* du Parlement. Il ne tente pas de réglementer les répercussions environnementales de matières qui relèvent de la

merely makes environmental impact assessment an essential component of federal decision making. The Order is in pith and substance nothing more than an instrument that regulates the manner in which federal institutions must administer their multifarious duties and functions. In essence, the Order has two fundamental aspects. First, there is the substance of the Order dealing with environmental impact assessment to facilitate decision making under the federal head of power through which a proposal is regulated. This aspect of the Order can be sustained on the basis that it is legislation in relation to the relevant subject matters enumerated in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The second aspect of the Order is its procedural or organizational element that coordinates the process of assessment, which can in any given case touch upon several areas of federal responsibility, under the auspices of a designated decision maker (the "initiating department"). This facet of the Order has as its object the regulation of the institutions and agencies of the Government of Canada as to the manner in which they perform their administrative functions and duties. This is unquestionably *intra vires* Parliament. It may be viewed either as an adjunct of the particular legislative powers involved, or, in any event, be justifiable under the residuary power in s. 91.

The Guidelines Order cannot be used as a colourable device to invade areas of provincial jurisdiction which are unconnected to the relevant heads of federal power. The "initiating department" is only given a mandate to examine matters directly related to the areas of federal responsibility potentially affected. Any intrusion under the Order into provincial matters is merely incidental to the pith and substance of the legislation.

Discretion

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The Federal Court of Appeal did not err in interfering with the motions judge's discretion not to grant the remedies sought on the grounds of unreasonable delay and futility. Respondent made a sustained effort, through legal proceedings in the Alberta courts and through correspondence with federal departments, to challenge the legality of the process followed by the province to build the dam and the acquiescence of the appellant Ministers, and there is no evidence that Alberta has suffered any prejudice from any delay in taking the present action. Despite ongoing legal proceedings, the construction of the dam continued. The province was not prepared to

compétence de la province, mais fait simplement de l'évaluation des incidences environnementales un élément essentiel de la prise de décisions fédérales. De par son caractère véritable, le Décret n'est rien de plus qu'un instrument qui régit la façon dont les institutions fédérales doivent gérer leurs diverses fonctions. Essentiellement, le Décret comporte deux aspects fondamentaux. Il y a tout d'abord l'aspect de fond qui porte sur l'évaluation des incidences environnementales, dont l'objet est de faciliter la prise de décisions dans le domaine de compétence fédérale qui régit une proposition. Cet aspect du Décret peut être maintenu au motif qu'il s'agit d'un texte législatif se rapportant aux matières pertinentes énumérées à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le deuxième aspect est l'élément procédural ou organisationnel coordonnant le processus d'évaluation, qui peut dans un cas donné toucher plusieurs domaines de compétence fédérale, relevant d'un décideur désigné (le «ministère responsable»). Cette facette vise à régler la façon dont les institutions et organismes du gouvernement du Canada exercent leurs fonctions et responsabilités administratives. Cela est indiscutablement *intra vires* du Parlement. Cet aspect peut être considéré comme un pouvoir accessoire de la compétence législative en cause, ou de toute façon, être justifié en vertu du pouvoir résiduel prévu à l'art. 91.

Le Décret sur les lignes directrices ne peut être utilisé comme moyen déguisé d'envahir des champs de compétence provinciale qui ne se rapportent pas aux domaines de compétence fédérale concernés. Le «ministère responsable» n'a que le mandat d'examiner les questions se rapportant directement aux domaines de compétence fédérale concernés. Toute ingérence dans la sphère de compétence provinciale est simplement accessoire au caractère véritable du texte législatif.

Le pouvoir discrétionnaire

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: La Cour d'appel fédérale n'a pas commis d'erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder la réparation sollicitée en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure. L'intimée s'est efforcée d'une façon soutenue de contester, dans le cadre des poursuites judiciaires devant les tribunaux de l'Alberta et dans les lettres envoyées aux ministères fédéraux, d'une part, la légalité des mesures prises par l'Alberta relativement à la construction du barrage, et d'autre part, l'acquiescement des ministres appelants; il n'existe pas de preuve que l'Alberta a subi

accede to an environmental impact assessment under the Order until it had exhausted all legal avenues. The motions judge did not weigh these considerations adequately, giving the Court of Appeal no choice but to intervene. Futility was also not a proper ground to refuse a remedy in the present circumstances. Prerogative relief should only be refused on that ground in those few instances where the issuance of a prerogative writ would be effectively nugatory. It is not obvious in this case that the implementation of the Order even at this late stage will not have some influence over the mitigative measures that may be taken to ameliorate any deleterious environmental impact from the dam on an area of federal jurisdiction.

Per Stevenson J. (dissenting): The Federal Court of Appeal erred in interfering with the motions judge's discretion to refuse the prerogative remedy. The court was clearly wrong in overruling his conclusion on the question of delay. The common law has always imposed a duty on an applicant to act promptly in seeking prerogative relief. Given the enormity of the project and the interests at stake, it was unreasonable for the respondent Society to wait 14 months before challenging the Minister of Transport's approval. It is impossible to conclude that Alberta was not prejudiced by the delay. The legal proceedings in the Alberta courts brought by the respondent and others need not have been taken into account by the motions judge. These proceedings were separate and distinct from the relief sought in this case and were irrelevant to the issues at hand. The present action centres on the constitutionality and applicability of the Guidelines Order. It raises new and different issues. In determining whether he should exercise his discretion against the respondent, the motions judge was obliged to look only at those factors which he considered were directly connected to the application before him. Interference with his exercise of discretion is not warranted unless it can be said with certainty that he was wrong in doing what he did. The test has not been met in this case.

Costs

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

un préjudice quelconque en raison d'un retard à intenter la présente action. Malgré les contestations judiciaires en cours, la construction du barrage s'est poursuivie. La province n'était pas disposée à consentir à une évaluation des incidences environnementales en vertu du Décret avant l'épuisement de tous les recours légaux. Le juge des requêtes n'a pas suffisamment accordé d'importance à ces considérations, ne laissant à la Cour d'appel d'autre choix que d'intervenir. Le motif de la futilité de la procédure ne pouvait justifier un refus dans les circonstances. On ne devrait refuser la délivrance d'un bref de prérogative pour ce motif que dans les rares cas où sa délivrance serait vraiment inefficace. En l'espèce, il n'est pas évident que l'application du Décret, même à cette étape tardive, n'aura pas un certain effet sur les mesures susceptibles d'être prises pour atténuer toute incidence environnementale néfaste que pourrait avoir le barrage sur un domaine de compétence fédérale.

Le juge Stevenson (dissident): La Cour d'appel fédérale a commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder une réparation par voie de bref de prérogative. La cour a clairement commis une erreur en rejetant sa conclusion relativement à la question du retard. La common law a toujours exigé du requérant qu'il agisse avec diligence lorsqu'il sollicite un bref de prérogative. Compte tenu de l'envergure du projet et des intérêts en jeu, il n'était pas raisonnable que la Société intimée attende 14 mois avant de contester l'approbation du ministre des Transports. Il est impossible de conclure que l'Alberta n'a pas subi un préjudice en raison du retard. Le juge des requêtes n'avait pas à tenir compte des procédures judiciaires que l'intimée et d'autres parties avaient entamées devant les tribunaux de l'Alberta. Ces procédures constituaient des recours distincts et différents du redressement sollicité en l'espèce et n'étaient pas pertinentes quant aux questions en litige. La présente action porte sur la constitutionnalité et l'applicabilité du Décret sur les lignes directrices. Il soulève des questions nouvelles et différentes. Pour déterminer s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire contre l'intimée, le juge des requêtes devait examiner seulement les facteurs qui, selon lui, se rattachaient directement à la demande dont il était saisi. On n'est pas justifié de modifier la décision qu'il a prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, sauf si l'on peut affirmer avec certitude qu'il a eu tort de procéder ainsi. L'on n'a pas répondu au critère en l'espèce.

Les dépens

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

It is a proper case for awarding costs on a solicitor-client basis to the respondent, given the Society's circumstances and the fact that the federal Ministers were joined as appellants even though they did not earlier seek leave to appeal to this Court.

Per Stevenson J. (dissenting): The appellants should not be called upon to pay costs on a solicitor and client basis. There is no justification in departing from our own general rule that a successful party should recover costs on the usual party and party basis. Public interest groups must be prepared to abide by the same principles as apply to other litigants and be prepared to accept some responsibility for the costs.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.), aff'd (1989), 99 N.R. 72; *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Belanger v. The King* (1916), 54 S.C.R. 265; *R. & W. Paul, Ltd. v. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139; *Re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150; *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Environmental Defense Fund, Inc. v. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (1976); *Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410; *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Her Majesty in right of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61; *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568; *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 S.C.R. 444; *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419; *Orr Ewing v. Colquhoun* (1877), 2 App. Cas. 839; *Attorney-General v. Johnson* (1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240; *Wood v. Esson* (1884), 9 S.C.R. 239; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *The Queen v. Fisher* (1891), 2 Ex. C.R. 365; *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213; *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*,

et Iacobucci: Il s'agit d'un cas où il est approprié d'accorder les dépens comme entre procureur et client à la Société intimée, compte tenu de la situation de cette dernière et du fait que les ministères fédéraux ont été joints comme appelants même s'ils n'avaient pas auparavant présenté une demande d'autorisation de pourvoi à notre Cour.

Le juge Stevenson (dissident): Les appelants ne devraient pas être contraints de payer les dépens comme entre procureur et client. Il n'y a pas de raison de déroger à notre règle générale que la partie qui a gain de cause a droit aux dépens sur la base des frais entre parties. Les groupes d'intérêt public doivent être disposés à se plier aux mêmes principes que les autres plaideurs et à accepter une certaine responsabilité quant aux dépens.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.), conf. (1989), 99 N.R. 72; *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Belanger c. The King* (1916), 54 R.C.S. 265; *R. & W. Paul, Ltd. c. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139; *Re Gray* (1918), 57 R.C.S. 150; *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Environmental Defense Fund, Inc. c. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (1976); *Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410; *Province of Bombay c. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61; *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568; *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 R.C.S. 444; *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419; *Orr Ewing v. Colquhoun* (1877), 2 App. Cas. 839; *Attorney-General c. Johnson* (1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240; *Wood c. Esson* (1884), 9 R.C.S. 239; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *The Queen c. Fisher* (1891), 2 Ex. C.R. 365; *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213; *Northwest Falling*

[1980] 2 S.C.R. 292; *Murphyores Incorporated Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1976), 136 C.L.R. 1; *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790; *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182; *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338; *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868; *Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Friends of the Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1987), 85 A.R. 321; *Friends of Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1988), 89 A.R. 339; *Friends of the Old Man River Society v. Energy Resources Conservation Board (Alta.)* (1988), 89 A.R. 280; *Champion v. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216; *Isherwood v. Ontario and Minnesota Power Co.* (1911), 18 O.W.R. 459.

By Stevenson J. (dissenting)

Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), [1989] 2 S.C.R. 225; *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Champion v. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713; *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739; *Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) v. Turcotte*, [1984] C.A. 316.

Statutes and Regulations Cited

Act for the better protection of Navigable Streams and Rivers, S.C. 1873, c. 65.
Act for the removal of obstructions, by wreck and like causes, in Navigable Waters of Canada, and other purposes relative to wrecks, S.C. 1874, c. 29.
Act respecting booms and other works constructed in navigable waters whether under the authority of Provincial Acts or otherwise, S.C. 1883, c. 43, s. 1.
Act respecting Bridges over navigable waters, constructed under the authority of Provincial Acts, S.C. 1882, c. 37.
Act respecting certain works constructed in or over Navigable Waters, R.S.C. 1886, c. 92.
Act respecting certain works constructed in or over Navigable Waters, S.C. 1886, c. 35, ss. 1, 7.
Act respecting the Protection of Navigable Waters, R.S.C. 1886, c. 91.

Contractors Ltd. c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 292; *Murphyores Incorporated Pty. Ltd. c. Commonwealth of Australia* (1976), 136 C.L.R. 1; *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182; *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868; *Polylok Corp. c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713; *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Friends of the Oldman River Society c. Alberta (Minister of the Environment)* (1987), 85 A.R. 321; *Friends of Oldman River Society c. Alberta (Minister of the Environment)* (1988), 89 A.R. 339; *Friends of the Old Man River Society c. Energy Resources Conservation Board (Alta.)* (1988), 89 A.R. 280; *Champion c. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216; *Isherwood c. Ontario and Minnesota Power Co.* (1911), 18 O.W.R. 459.

^d Citée par le juge Stevenson (dissident)

Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), [1989] 2 R.C.S. 225; *Province of Bombay c. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58; *Champion c. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Polylok Corp. c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713; *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739; *Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) c. Turcotte*, [1984] C.A. 316.

Lois et règlements cités

^g *Acte à l'effet d'autoriser la corporation de la ville d'Emerson à construire un pont libre pour les voyageurs et le trafic sur la rivière Rouge, dans la province du Manitoba*, S.C. 1880, ch. 44.
^h *Acte à l'effet de mieux protéger les cours d'eau et rivières navigables*, S.C. 1873, ch. 65.
Acte concernant certaines constructions dans et sur les eaux navigables, S.C. 1886, ch. 35, art. 1, 7.
Acte concernant certaines constructions dans et sur les eaux navigables, S.R.C. 1886, ch. 92.
ⁱ *Acte concernant la protection des eaux navigables*, S.C. 1886, ch. 36.
Acte concernant la protection des eaux navigables, S.R.C. 1886, ch. 91.
^j *Acte concernant les bômes et autres ouvrages établis en eaux navigables soit sous l'autorité d'actes provinciaux soit autrement*, S.C. 1883, ch. 43, art. 1.

- Act respecting the protection of Navigable Waters*, S.C. 1886, c. 36.
- Act to authorize the Corporation of the Town of Emerson to construct a Free Passenger and Traffic Bridge over the Red River in the Province of Manitoba*, S.C. 1880, c. 44.
- Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 753.11(1) [en. Alta. Reg. 457/87, s. 3].
- Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 835.1.
- Constitution Act, 1867*, ss. 91 "preamble", 91(10), (29), 92(10)(a), 92A.
- Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4, 5, 6.
- Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15.
- Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, ss. 2 "initiating department", "proponent", "proposal", 3, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 25.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(2).
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37, 40.
- International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. I-20.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2(1), 17.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, s. 11.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, s. 5.
- National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 28, s. 3.
- Navigable Waters' Protection Act*, R.S.C. 1906, c. 115.
- Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 4, 5, 6, 21, 22.
- Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3.
- Acte concernant les ponts établis en vertu d'actes provinciaux sur des eaux navigables*, S.C. 1882, ch. 37.
- Acte pour pourvoir à l'enlèvement d'obstructions provenant de naufrages et autres causes semblables dans les rivières navigables du Canada, et pour d'autres objets relatifs aux naufrages*, S.C. 1874, ch. 29.
- Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, art. 753.11(1) [ad. Alta. Reg. 457/87, art. 3.].
- Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 835.1.
- Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, art. 2 «ministère responsable», «promoteur», «proposition», 3, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 25.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 209, art. 11.
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 «préambule», 91(10), (29), 92(10)a), 92A.
- Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), art. 3.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2(1), 17.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 28(2).
- Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1990, ch. J.1, art. 5.
- Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 4, 5, 6, 21, 22.
- Loi de la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1906, ch. 115.
- Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 4, 5, 6.
- Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15.
- Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3.
- Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration des cours d'eau internationaux*, L.R.C. (1985), ch. I-20.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35, 37, 40.

Authors Cited

- Canada. Canadian Council of Resource and Environment Ministers. *Report of the National Task Force on Environment and Economy*, September 24, 1987.
- Canada. Law Reform Commission. *Constitutional Jurisdiction in Relation to Environmental Law*. Unpublished paper prepared by Marie E. Hatherly, 1984.
- Cotton, Roger and D. Paul Emond. "Environmental Impact Assessment". In John Swaigen, ed., *Environmental Rights in Canada*. Toronto: Butterworths, 1981, 245.

^h Doctrine citée

- Canada. Commission de réforme du droit. *Constitutional Jurisdiction in Relation to Environmental Law*. Document non publié rédigé par Marie E. Hatherly, 1986.
- Canada. Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'Environnement. *Rapport du Groupe de Travail national sur l'environnement et l'économie*, 24 septembre 1987.
- Cotton, Roger et D. Paul Emond. «Environmental Impact Assessment». In John Swaigen, ed., *Environ-*

- De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
- Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed., vols. 1 and 4. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985-1990. ^a
- Emond, D. P. *Environmental Assessment Law in Canada*. Toronto: Emond-Montgomery Ltd., 1978.
- Emond, Paul. "The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution" (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647. ^b
- Gibson, Dale. "Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada" (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.
- Gillespie, Colin J. "Enforceable Rights from Administrative Guidelines?" (1989-1990), 3 *C.J.A.L.P.* 204. ^c
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Jeffery, Michael I. *Environmental Approvals in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989.
- Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*. Toronto: Carswell, 1985.
- La Forest, Gérard V. *Water Law in Canada*. Ottawa: Information Canada, 1973.
- De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.
- Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. I et III. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1984-1989.
- Emond, D. P. *Environmental Assessment Law in Canada*. Toronto: Emond-Montgomery Ltd., 1978.
- Emond, Paul. «The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution» (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647.
- Gibson, Dale. «Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973), 23 *U.T.L.J.* 54.
- Gillespie, Colin J. «Enforceable Rights from Administrative Guidelines?» (1989-1990), 3 *C.J.A.L.P.* 204.
- Hogg, Peter W. *Liability of the Crown*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989. ^d
- Jeffery, Michael I. *Environmental Approvals in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989.
- Jones, David Phillip et Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*. Toronto: Carswell, 1985.
- La Forest, Gérard V. *Water Law in Canada*. Ottawa: Information Canada, 1973. ^e

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 18, 68 D.L.R. (4th) 375, [1991] 1 W.W.R. 352, 108 N.R. 241, 76 Alta. L.R. (2d) 289, 5 C.E.L.R. (N.S.) 1, reversing a judgment of the Trial Division, [1990] 1 F.C. 248, [1990] 2 W.W.R. 150, 30 F.T.R. 108, 70 Alta. L.R. (2d) 289, 4 C.E.L.R. (N.S.) 137. Appeal dismissed, with the exception that there should be no order in the nature of mandamus directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the federal environmental guidelines order. Stevenson J. is dissenting.

D. R. Thomas, Q.C., T. W. Wakeling and G. D. Chipeur, for the appellant Her Majesty the Queen in right of Alberta.

E. R. Sojonky, Q.C., B. J. Saunders and J. de Pencier, for the appellants the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans. ^j

B. A. Crane, Q.C., for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 18, 68 D.L.R. (4th) 375, [1991] 1 W.W.R. 352, 108 N.R. 241, 76 Alta. L.R. (2d) 289, 5 C.E.L.R. (N.S.) 1, qui a infirmé un jugement de la Section de première instance, [1990] 1 C.F. 248, [1990] 2 W.W.R. 150, 30 F.T.R. 108, 70 Alta. L.R. (2d) 289, 4 C.E.L.R. (N.S.) 137. Pourvoi rejeté, sauf qu'il ne sera pas délivré de bref de la nature d'un mandamus ordonnant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer aux lignes directrices fédérales en matière d'environnement. Le juge Stevenson est dissident. ^h

D. R. Thomas, c.r., T. W. Wakeling et G. D. Chipeur, pour l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta. ⁱ

E. R. Sojonky, c.r., B. J. Saunders et J. de Pencier, pour les appelants le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans.

B. A. Crane, c.r., pour l'intimée.

J.-K. Samson and *A. Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

P. H. Blanchet, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

G. E. Hannon, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

G. H. Copley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

R. G. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

B. G. Welsh, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

R. A. Kasting and *J. Donihee*, for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories.

P. W. Hutchins, *D. H. Soroka* and *F. S. Gertler*, for the intervener the National Indian Brotherhood/Assembly of First Nations.

J. J. Gill, for the interveners the Dene Nation and the Metis Association of the Northwest Territories, and the Native Council of Canada (Alberta).

G. J. McDade and *J. B. Hanebury*, for the interveners the Sierra Legal Defence Fund, the Canadian Environmental Law Association, the Sierra Club of Western Canada, the Cultural Survival (Canada), and the Friends of the Earth.

M. W. Mason, for the intervener the Alberta Wilderness Association.

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

LA FOREST J.—The protection of the environment has become one of the major challenges of our time. To respond to this challenge, governments and international organizations have been engaged in the creation of a wide variety of legis-

J.-K. Samson et *A. Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

P. H. Blanchet, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

G. E. Hannon, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

G. H. Copley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

R. G. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

B. G. Welsh, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

R. A. Kasting et *J. Donihee*, pour l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest.

P. W. Hutchins, *D. H. Soroka* et *F. S. Gertler*, pour l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des Premières Nations.

J. J. Gill, pour les intervenants la Nation dénée et l'Association des Métis des Territoires du Nord-Ouest, et le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta).

G. J. McDade et *J. B. Hanebury*, pour les intervenants le Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, le Sierra Club of Western Canada, Survie culturelle (Canada), et les Amis de la Terre.

M. W. Mason, pour l'intervenante l'Alberta Wilderness Association.

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

LE JUGE LA FOREST—La protection de l'environnement est devenue l'un des principaux défis de notre époque. Pour y faire face, les gouvernements et les organismes internationaux ont participé à la création d'un éventail important de

lative schemes and administrative structures. In Canada, both the federal and provincial governments have established Departments of the Environment, which have been in place for about 20 years. More recently, however, it was realized that a department of the environment was one among many other departments, many of which pursued policies that came into conflict with its goals. Accordingly at the federal level steps were taken to give a central role to that department, and to expand the role of other government departments and agencies so as to ensure that they took account of environmental concerns in taking decisions that could have an environmental impact.

To that end, s. 6 of the *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10, empowered the Minister for the purposes of carrying out his duties relating to environmental quality, by order, with the approval of the Governor in Council, to establish guidelines for use by federal departments, agencies and regulatory bodies in carrying out their duties, functions and powers. Pursuant to this provision the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order* ("Guidelines Order") was established and approved in June 1984, SOR/84-467. In general terms, these guidelines require all federal departments and agencies that have a decision-making authority for any proposal, i.e., any initiative, undertaking or activity that may have an environmental effect on an area of federal responsibility, to initially screen such proposal to determine whether it may give rise to any potentially adverse environmental effects. If a proposal could have a significant adverse effect on the environment, provision is made for public review by an environmental assessment panel whose members must be unbiased, free of political influence and possessed of special knowledge and

régimes législatifs et de structures administratives. Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux ont mis sur pied des ministères de l'environnement, qui existent maintenant depuis environ 20 ans. Cependant, on s'est récemment rendu compte qu'un ministère de l'environnement est entouré d'un grand nombre d'autres ministères dont les politiques entrent en conflit avec ses objectifs. En conséquence, le gouvernement fédéral a pris des mesures pour confier au ministère de l'Environnement un rôle central et élargir le rôle d'autres ministères et organismes gouvernementaux pour s'assurer qu'ils tiennent compte des préoccupations touchant l'environnement dans la prise de décisions susceptibles d'entraîner des incidences environnementales.

À cette fin, en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10, le ministre peut par arrêté, au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement et avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et des organismes fédéraux dont ceux de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions. Conformément à cette disposition, le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* («*Décret sur les lignes directrices*») a été pris et approuvé en juin 1984, DORS/84-467. Dans l'ensemble, ces lignes directrices exigent de tous les ministères et organismes fédéraux qui exercent un pouvoir de décision à l'égard d'une proposition, c'est-à-dire une entreprise ou activité susceptible d'entraîner des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale, qu'ils procèdent à un examen initial de cette proposition afin de déterminer si elle peut éventuellement comporter des effets néfastes sur l'environnement. Advenant le cas où une proposition risque d'avoir un effet néfaste important sur l'environnement, on prévoit la tenue d'un examen public effectué par une commission d'évaluation environnementale dont les membres doivent faire preuve d'objectivité, être à l'abri de l'ingérence politique et posséder des connaissances et une expérience particulières se rapportant aux

experience relevant to the technical, environmental and social effects of the proposal.

The present case raises the constitutional and statutory validity of the *Guidelines Order* as well as its nature and applicability. These issues arise in a context where the respondent Society, an environmental group from Alberta, by applications for *certiorari* and *mandamus*, seeks to compel two federal departments, the Department of Transport and the Department of Fisheries and Oceans, to conduct a public environmental assessment pursuant to the *Guidelines Order* in respect of a dam constructed on the Oldman River by the Government of Alberta. That government had itself conducted extensive environmental studies which took into account public views. However, since the project affects navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands, federal interests are involved. Specifically, the Society argues that the Minister of Transport must approve the project under the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22, and in doing so is required to provide for public assessment of the project pursuant to the *Guidelines Order*. It also argues that the Minister of Fisheries and Oceans has a similar duty in the performance of his functions under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

The case also raises the question whether the motions judge properly exercised his discretion in deciding whether or not to grant *certiorari* or *mandamus*. Accordingly the material background must be set forth in some detail.

Background

The history of the project begins in May 1958 when Alberta asked the Prairie Farm Rehabilitation Administration ("P.F.R.A.") of the federal Department of Agriculture to determine the feasibility of constructing a storage reservoir on the Oldman River, at a site called Livingstone Gap. In

effets de la proposition sur les plans technique, environnemental et social.

Le présent pourvoi soulève la validité constitutionnelle et législative du *Décret sur les lignes directrices* et porte sur la nature et l'applicabilité de celui-ci. Ces questions s'inscrivent dans un contexte où l'intimée, la Friends of the Oldman River Society (la «Société»), un groupe environnemental de l'Alberta, par demande de bref de *certiorari* et de bref de *mandamus*, cherche à forcer deux ministères fédéraux, le ministère des Transports et le ministère des Pêches et des Océans, à procéder à une évaluation environnementale publique conformément au *Décret sur les lignes directrices* relativement à un barrage construit sur la rivière Oldman par le gouvernement de l'Alberta. Ce dernier a lui-même procédé à d'importantes études environnementales qui ont donné lieu à des consultations publiques. Toutefois, puisque le projet touche des eaux navigables, des pêcheries, des Indiens et des terres indiennes, il comporte des questions de compétence fédérale. Plus particulièrement, la Société soutient que le ministre des Transports doit approuver le projet en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22, et que, ce faisant, il doit prévoir la tenue d'une évaluation publique du projet conformément au *Décret sur les lignes directrices*. Elle soutient également que le ministre des Pêches et des Océans, a une obligation similaire dans l'exécution de ses fonctions en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.

Le présent pourvoi soulève aussi la question de savoir si le juge des requêtes a bien exercé son pouvoir discrétionnaire dans sa décision concernant la délivrance d'un bref de *certiorari* ou de *mandamus*. En conséquence, les faits pertinents doivent être présentés en détail.

Les faits

L'historique du projet débute en mai 1958 au moment où le gouvernement de l'Alberta a demandé à l'Administration du rétablissement agricole des Prairies («ARAP») du ministère fédéral de l'Agriculture d'évaluer la possibilité de la construction d'un réservoir pour le stockage de

December 1966 the P.F.R.A. submitted its report and proposed another location, the Three Rivers site on the Oldman River, for further study. There followed a federal-provincial water supply study which lasted from 1966 to 1974. After this, in July 1974, the Alberta Department of the Environment initiated an examination of water demand and potential storage sites on the Oldman River and its tributaries, to be conducted in two phases.

The first phase consisted of an initial evaluation of sites in the Oldman basin for water storage carried out by a Technical Advisory Committee comprised of representatives from several provincial government departments including Environment, Culture and Multiculturalism, Energy Resources Conservation Board, Fish and Wildlife Division, Agriculture, as well as representatives from local municipal districts and industry. The Committee's report was released on July 14, 1976 and was followed by a series of public consultations with local authorities and other groups and individuals. The responses received were evaluated and issues arising from them were identified for further study in the second phase.

The second phase began on February 4, 1977 when the Minister of the Environment announced the creation of the Oldman River Study Management Committee consisting of six representatives of the public and three representatives of the provincial government. Its task was to address the issues raised by the public during the first study, and to make recommendations concerning overall water management in the river basin, including the incorporation of the concerns of area residents. This it was required to do in a more comprehensive way than the first phase by, *inter alia*, studying issues affecting the whole of the river basin such as salinization, sedimentation, recreation, fish habitat and other environmental issues. Public par-

l'eau de la rivière Oldman à un endroit appelé Livingston Gap. En décembre 1966, l'ARAP a déposé son rapport et proposé la réalisation d'une étude plus poussée relativement à un autre emplacement le long de la rivière Oldman, en l'occurrence Three Rivers. Entre 1966 et 1974, une étude fédérale-provinciale sur l'approvisionnement en eau a été réalisée. Après quoi, en juillet 1974, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a entrepris des études visant à examiner les besoins en eau et à déterminer quels emplacements sur la rivière Oldman et ses affluents seraient susceptibles de servir au stockage de l'eau. Ces études devaient se dérouler en deux étapes.

La première consistait en une évaluation initiale des emplacements dans le bassin de la rivière Oldman aux fins du stockage de l'eau et a été réalisée par un comité consultatif technique composé de représentants de plusieurs organismes et ministères du gouvernement provincial, notamment l'Environnement, Culture et Multiculturalisme, l'Energy Resources Conservation Board, la division du poisson et de la faune de l'Agriculture, ainsi que de représentants des districts municipaux et de l'industrie. Le comité a déposé son rapport le 14 juillet 1976; et, par la suite, une série de consultations publiques s'est tenue auprès des autorités locales et d'autres groupes et particuliers. On a procédé à l'évaluation des réponses reçues et déterminé les questions qui en découlaient en vue de les examiner au cours de la seconde étape.

La seconde étape a commencé le 4 février 1977 au moment de l'annonce par le ministre de l'Environnement de la mise sur pied du «Oldman River Study Management Committee» (le comité de gestion de l'étude sur la rivière Oldman), qui était formé de six représentants du public et de trois représentants du gouvernement provincial. Ce comité devait examiner les questions soulevées par le public au cours de la première étape et présenter des recommandations sur la gestion globale des eaux du bassin de la rivière, devant notamment tenir compte des préoccupations des résidents de la région. Cette étape devait être plus approfondie que la première et comporter notamment l'étude de questions touchant l'ensemble du bassin de la

ticipation was encouraged, a series of public meetings and public workshops was held, and oral and written submissions were made by a variety of interest groups including Indian bands and environmental groups. The Management Committee released its final report in 1978.

That same year, a panel of the Environment Council of Alberta was constituted to hold public hearings on the management of water resources within the Oldman basin. Again, several public hearings were held throughout southern Alberta and the Council received briefs from a wide cross-section of Albertans representing the interests of business, agriculture, local governments, Indian bands and others. The Council submitted its report to the Minister of the Environment in August 1979 and recommended yet another location, the Brocket site on the Peigan Indian Reserve, should a dam be needed.

The provincial government then reviewed this report and the 1978 report and on August 29, 1980 announced its decision to build a dam on the Oldman River. It also stated that the Three Rivers site was the preferred location, but added that the final decision would be deferred until the Peigan Indian Band had an opportunity to submit a proposal for construction at the Brocket site. In November 1983 the Peigan Band presented a position to the Minister of the Environment describing its expected economic compensation if the dam were to be built at the Brocket site.

On August 8, 1984 the Premier of Alberta announced the government's decision to proceed with construction of the dam at the Three Rivers site. Before that announcement was made, however, the dam proposal was reviewed by the Regional Screening and Co-ordinating Committee ("R.S.C.C."), a committee of the federal Department of the Environment. The purpose of the

rivière, savoir la salinisation, la sédimentation, les loisirs, l'habitat du poisson et d'autres questions environnementales. On a encouragé le public à participer, une série de rencontres et d'ateliers publics ont eu lieu et divers groupes d'intérêts, dont les bandes indiennes et les groupes environnementaux, ont présenté des observations orales et écrites. Le comité de gestion a soumis son rapport final en 1978.

La même année, un groupe a été constitué au sein de l'Environment Council of Alberta (le «conseil»); on lui a ordonné de tenir des audiences publiques sur la gestion des ressources en eau dans le bassin de la rivière Oldman. Plusieurs audiences publiques ont de nouveau eu lieu dans tout le sud de l'Alberta et le conseil a reçu de nombreux exposés représentant les vues d'un large échantillon de la population albertaine, notamment le milieu des affaires, le secteur agricole, les gouvernements locaux et les bandes indiennes. Le conseil a soumis son rapport au ministre de l'Environnement en août 1979 et a recommandé un nouvel emplacement, à Brocket, situé sur la réserve indienne de Peigan, dans l'hypothèse où un barrage serait nécessaire.

Le gouvernement provincial a ensuite examiné ce rapport et celui de 1978 et a annoncé le 29 août 1980 qu'il avait décidé de construire un barrage sur la rivière Oldman. Il a précisé que l'emplacement de Three Rivers était l'emplacement privilégié, mais qu'il reportait sa décision définitive quant à ce choix jusqu'à ce que la bande indienne de Peigan ait pu présenter une proposition concernant la construction du barrage à Brocket. En novembre 1983, la bande de Peigan a présenté sa position au ministre de l'Environnement et précisé l'indemnisation qu'elle prévoyait dans l'hypothèse où le barrage serait construit à Brocket.

Le 8 août 1984, le premier ministre de l'Alberta a annoncé que le gouvernement avait décidé de construire le barrage à l'emplacement de Three Rivers. Toutefois, avant cette annonce, le projet de construction du barrage avait été examiné par le Comité régional de sélection et de coordination («CRSC»), un comité du ministère fédéral de l'Environnement. Le CRSC devait s'assurer que

R.S.C.C. was to ensure that proposals that may affect federal areas of concern are subjected to environmental review, and it actively followed the progress of the dam proposal until it was decided that the dam would not be built on Indian land.

Following the Three Rivers site announcement, Alberta commenced the design of the dam and launched an "Environmental Mitigation/Opportunities Action Plan" which spawned further environmental studies and public meetings. The provincial Department of the Environment opened a project information office close to the Three Rivers site to answer public enquiries. Several sub-committees were established by the Municipal District of Pincher Creek to provide input to the Alberta Department of the Environment on areas of local concern, including land use, fish and wildlife, recreation, and agriculture. In addition, the provincial Minister of the Environment ordered the appointment of a Local Advisory Committee to advise the Minister on such matters as road relocation, fish and wildlife concerns, and recreational opportunities. After gathering information from public meetings, the Committee submitted a report to the Minister with recommendations concerning fisheries, wildlife, historical resources, agriculture, recreation and transportation systems.

In 1987 the federal R.S.C.C. once again became involved in the project at the request of the Department of Indian and Northern Affairs to study its impact on federal interests, particularly on the Peigan Indian Reserve located approximately 12 kilometres downstream from the dam site. Alberta had already provided the Peigans with funding to conduct an independent study of the project's effect on the Reserve and its inhabitants. The Peigan report was submitted to the provincial Minister of the Environment in February 1987. It addressed such subjects as irrigation, surface and ground water considerations, dam safety, fisheries

les projets susceptibles d'entraîner une incidence sur les domaines de compétence fédérale soient soumis à une évaluation environnementale, et il a suivi l'évolution du projet de construction du barrage jusqu'à ce qu'il soit décidé qu'il ne serait pas construit sur les terres indiennes.

Après l'annonce de la construction du barrage à Three Rivers, l'Alberta a entrepris la conception du barrage et l'élaboration d'un plan d'atténuation ou d'exploitation des incidences environnementales qui a donné lieu à d'autres études environnementales et à la tenue de rencontres publiques. Le ministère provincial de l'Environnement a alors ouvert un bureau d'information sur le projet, situé à proximité de Three Rivers, afin de répondre aux demandes de renseignements du public. Le district municipal de Pincher Creek a ensuite constitué plusieurs sous-comités afin de faire connaître au ministère albertain de l'Environnement les préoccupations d'intérêt local concernant notamment l'utilisation des terres, le poisson et la faune, les loisirs et l'agriculture. En outre, le ministre provincial de l'Environnement a demandé la constitution d'un comité consultatif local chargé de le conseiller sur des questions touchant le réaménagement des routes, les préoccupations dans le domaine de la pêche et de la faune et les possibilités offertes en matière de loisirs. Après avoir recueilli des renseignements au cours de rencontres publiques, le comité a soumis au ministre son rapport accompagné de recommandations au sujet des pêches, de la faune, des ressources historiques, de l'agriculture, des loisirs et du transport.

En 1987, le CRSC fédéral a de nouveau participé au projet, à la demande du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, afin d'examiner l'incidence sur les intérêts fédéraux, notamment sur la réserve indienne de Peigan située à environ 12 kilomètres en aval de l'emplacement du barrage. L'Alberta avait déjà octroyé à la bande indienne de Peigan des fonds pour qu'elle effectue une étude indépendante de l'incidence du projet sur la réserve et ses habitants. La bande de Peigan a soumis son rapport au ministre provincial de l'Environnement en février 1987. Il portait notamment sur l'irrigation, les questions des eaux de sur-

assessment, and spiritual and cultural assessment. The report prepared at the behest of the R.S.C.C. in July 1987 concluded that the project's effects on the Reserve would be either favourable or mitigable, but did note the possibility of negative environmental impacts affecting the Reserve—i.e., increased dust storms, increased mercury levels in fish and the extinction of flood plain cottonwood forests.

I come now to a step of prime importance in this action. On March 10, 1986 the Alberta Department of the Environment applied to the federal Minister of Transport for approval of the work under s. 5 of the *Navigable Waters Protection Act*. That provision provides that no work is to be built in navigable waters without the prior approval of the Minister. In assessing the application, the Minister considered the project's effect on marine navigation and approved the application on September 18, 1987 subject to certain conditions relating to marine navigation. I underline, however, that he did not subject the application to an assessment under the *Guidelines Order*. As we shall see, whether he should have done so raises several of the major issues in this appeal.

It is not until after this transpired that the respondent Society came into the picture. The Society was incorporated on September 8, 1987 to oppose the project and became aware of the approval granted by the Minister of Transport on February 16, 1988. However, earlier efforts to check the progress of the development had been made by certain individuals who later became members of the Society on its formation. Thus in the summer of 1987 the Southern Alberta Environmental Group had written a letter to the Minister of Fisheries and Oceans asking that an initial assessment be conducted under the *Guidelines Order*. The request was refused for the reason that the potential problems were being addressed and

face et des eaux souterraines, la sécurité du barrage, l'évaluation des pêches et l'incidence du projet sur les plans spirituel et culturel. Le rapport préparé sur l'ordre du CRSC en juillet 1987 concluait que les effets du projet sur la réserve seraient favorables ou atténuables, mais faisait ressortir la possibilité de répercussions environnementales négatives sur la réserve, soit un accroissement des tourbillons de poussière, une augmentation du niveau de mercure dans le poisson et l'extinction des forêts de peupliers dans le périmètre d'inondation.

J'arrive maintenant à une étape d'importance primordiale. Le 10 mars 1986, le ministère de l'Environnement de l'Alberta a demandé au ministre fédéral des Transports d'approuver l'ouvrage en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Cette disposition prévoit qu'il est interdit de construire un ouvrage dans les eaux navigables à moins qu'il n'ait préalablement été approuvé par le ministre. Dans l'évaluation de la demande, le ministre a examiné l'incidence du projet sur la navigation et l'a approuvé, le 18 septembre 1987, sous réserve de certaines conditions relatives à la navigation. Je tiens toutefois à indiquer qu'il n'a pas assujéti la demande à une évaluation en vertu du *Décret sur les lignes directrices*. Comme nous le verrons, plusieurs des principales questions soulevées dans le présent pourvoi découle de la question de savoir s'il aurait dû le faire.

Ce n'est qu'ensuite que la Société intimée commence à jouer un rôle. En effet, l'intimée a été constituée en société le 8 septembre 1987 pour s'opposer au projet et a été informée que le ministre des Transports avait approuvé le projet le 16 février 1988. Toutefois, certains particuliers, qui sont ensuite devenus membres de la Société lors de sa constitution, s'étaient efforcés d'empêcher l'évolution du projet. À l'été 1987, le Southern Alberta Environmental Group avait écrit au ministre des Pêches et des Océans pour lui demander de procéder à une évaluation initiale en vertu du *Décret sur les lignes directrices*. Cette demande fut refusée au motif que les problèmes possibles avaient été pris en charge et en raison de

because of the “long-standing administrative arrangements that are in place for the management of fisheries in Alberta”. This, like the Minister of Transport’s action described earlier, plays an important part in the legal arguments that were subsequently made. Another early effort came on December 3, 1987 when the respondent Society wrote to the Minister of the Environment asking that the matter be subjected to the *Guidelines Order* but again the request was declined, this time principally on the grounds that the dam project fell primarily within provincial jurisdiction and that Environment Canada was satisfied that Alberta’s proposed mitigation plan would remedy any detrimental effects on the fisheries. The Society tried once again to have the Minister of the Environment invoke the *Guidelines Order* on February 22, 1988, but was turned down in June 1988 for the same jurisdictional reason.

The Society was also busy on the provincial front to have the project stopped. On October 26, 1987 it brought an application in the Court of Queen’s Bench of Alberta to quash an interim licence granted under the *Water Resources Act*, R.S.A. 1980, c. W-5. The licence was, in fact, quashed by order on December 8, 1987. A second interim licence was granted on February 5, 1988 and the Society applied in the Court of Queen’s Bench to have that one quashed as well. However, that application was dismissed on April 21, 1988. The Society also asked the Alberta Energy Resources Conservation Board to conduct a public hearing under the *Hydro and Electric Energy Act*, R.S.A. 1980, c. H-13, but its request was refused. That decision was affirmed by the Alberta Court of Appeal. In August 1988 the vice-president of the Society swore an information before a justice of the peace alleging that an offence had been committed against the federal *Fisheries Act* but the Attorney General for Alberta stayed the proceedings.

The contract for construction of the dam was awarded in February 1988, and as of March 31, 1989 the dam was 40 percent complete. The pre-

l’existence des [TRADUCTION] «arrangements administratifs qui régissent depuis longtemps la gestion des pêches en Alberta». Ce refus, à l’instar des mesures susmentionnées prises par le ministre des Transports, joue un rôle important dans l’argumentation juridique qui a suivi. Dans une lettre du 3 décembre 1987, la Société intimée a demandé au ministre de l’Environnement d’assujettir le projet à l’évaluation en vertu du *Décret sur les lignes directrices*; cette demande a de nouveau été refusée, cette fois principalement au motif que le projet de barrage relevait fondamentalement de la compétence provinciale et qu’Environnement Canada était convaincu que le plan d’atténuation proposé par l’Alberta devait pallier tout effet néfaste sur les ressources halieutiques. Le 22 février 1988, la Société a de nouveau tenté d’inciter le ministre de l’Environnement à invoquer l’application du *Décret sur les lignes directrices*, mais a de nouveau essuyé un refus en juin 1988 pour le même motif de compétence.

La Société a également tenté à l’échelon provincial de faire arrêter le projet. Le 26 octobre 1987, elle a présenté une demande auprès de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta sollicitant l’annulation d’un permis provisoire délivré en vertu de la *Water Resources Act*, R.S.A. 1980, ch. W-5. Ce permis a été annulé le 8 décembre 1987 et un second permis provisoire délivré le 5 février 1988; la Société a de nouveau demandé à la Cour du Banc de la Reine d’annuler ce permis. Toutefois, cette demande a été rejetée le 21 avril 1988. La Société a également demandé à l’Alberta Energy Resources Conservation Board de tenir une audience publique en vertu de l’*Hydro and Electric Energy Act*, R.S.A. 1980, ch. H-13, mais cette demande a été refusée. La Cour d’appel de l’Alberta a confirmé cette décision. En août 1988, la vice-présidente de la Société a déposé une plainte devant un juge de paix, alléguant qu’il y avait eu contravention à la *Loi sur les pêches* du fédéral; toutefois, le procureur général de l’Alberta a ordonné un arrêt des procédures.

Le contrat de construction du barrage a été octroyé en février 1988 et, le 31 mars 1989, les travaux étaient achevés à 40 pour 100. La présente

sent action was commenced on April 21, 1989 in the Trial Division of the Federal Court, [1990] 1 F.C. 248. In the action, the Society sought an order in the nature of *certiorari* to quash the approval granted by the Minister of Transport as well as an order in the nature of *mandamus* requiring the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the *Guidelines Order*. Jerome A.C.J. dismissed the application but the Society's appeal to the Federal Court of Appeal was successful, [1990] 2 F.C. 18. This Court granted leave to appeal on September 13, 1990, [1990] 2 S.C.R. x.

Legislation

Before going further, it will be useful to set forth the major parts of the relevant legislation. The *Department of the Environment Act* reads in relevant part:

4. (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to

(a) the preservation and enhancement of the quality of the natural environment, including water, air and soil quality;

. . .

5. The Minister, in exercising his powers and carrying out his duties and functions under section 4, shall

(a) initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed

(i) to promote the establishment or adoption of objectives or standards relating to environmental quality, or to control pollution,

(ii) to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment and that a further review is carried out of those projects, programs, and activities that are found to have probable significant adverse effects, and the results thereof taken into account, and

action a été intentée le 21 avril 1989 devant la Section de première instance de la Cour fédérale, [1990] 1 C.F. 248. Dans cette action, la Société sollicitait une ordonnance cassant par voie de *certiorari* l'approbation donnée par le ministre des Transports ainsi qu'un bref de la nature d'un *mandamus* ordonnant au ministre des Transports et au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*. Le juge en chef adjoint Jerome a rejeté la demande, mais la Société a eu gain de cause devant la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 18. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 13 septembre 1990, [1990] 2 R.C.S. x.

Les dispositions législatives

Avant de poursuivre, il est utile de présenter les principales parties des textes législatifs pertinents. La *Loi sur le ministère de l'Environnement*:

4. (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés:

a) à la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, notamment celle de l'eau, de l'air et du sol;

. . .

5. Dans le cadre des pouvoirs et fonctions que lui confère l'article 4, le ministre:

a) lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l'échelle fédérale des programmes visant à:

(i) favoriser la fixation ou l'adoption d'objectifs ou de normes relatifs à la qualité de l'environnement ou à la lutte contre la pollution,

(ii) faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l'environnement naturel, et que ceux d'entre eux dont on aura estimé qu'ils présentent probablement des risques graves fassent l'objet d'un réexamen dont les résultats devront être pris en considération,

(iii) to provide to Canadians environmental information in the public interest;

(iii) fournir, dans l'intérêt public, de l'information sur l'environnement à la population;

(b) promote and encourage the institution of practices and conduct leading to the better preservation and enhancement of environmental quality, and cooperate with provincial governments or agencies thereof, or any bodies, organization or persons, in any programs having similar objects; and

b) favorise et encourage des comportements tendant à protéger et améliorer la qualité de l'environnement, et coopère avec les gouvernements provinciaux ou leurs organismes, ou avec tous autres organismes, groupes ou particuliers, à des programmes dont les objets sont analogues;

(c) advise the heads of departments, boards and agencies of the Government of Canada on all matters pertaining to the preservation and enhancement of the quality of the natural environment.

c) conseille les chefs des divers ministères ou organismes fédéraux en matière de conservation et d'amélioration de la qualité de l'environnement naturel.

6. For the purposes of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada and, where appropriate, by corporations named in Schedule III to the *Financial Administration Act* and regulatory bodies in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions.

6. Au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux et, s'il y a lieu, à celui des sociétés d'État énumérées à l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des organismes de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions.

Pursuant to s. 6, the Minister, by order, with the approval of the Governor in Council, established the *Guidelines Order*. It reads in relevant part as follows:

Conformément à l'art. 6, le ministre a par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établi le *Décret sur les lignes directrices*, dont les dispositions pertinentes sont:

2. In these Guidelines,

2. Les définitions qui suivent s'appliquent aux présentes lignes directrices.

. . .

. . .

"initiating department" means any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal;

«ministère responsable» Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l'égard d'une proposition.

. . .

. . .

"proponent" means the organization or the initiating department intending to undertake a proposal;

«promoteur» L'organisme ou le ministère responsable qui se propose de réaliser une proposition.

"proposal" includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility.

«proposition» S'entend en outre de toute entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions.

3. The Process shall be a self assessment process under which the initiating department shall, as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken, ensure that the environmental implications of all proposals for which it is the decision making authority are fully considered and where the impli-

3. Le processus est une méthode d'auto-évaluation selon laquelle le ministère responsable examine, le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables, les répercussions

cations are significant, refer the proposal to the Minister for public review by a Panel.

environnementales de toutes les propositions à l'égard desquelles il exerce le pouvoir de décision.

6. These Guidelines shall apply to any proposal

(a) that is to be undertaken directly by an initiating department;

(b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility;

(c) for which the Government of Canada makes a financial commitment; or

(d) that is located on lands, including the offshore, that are administered by the Government of Canada.

6. Les présentes lignes directrices s'appliquent aux propositions

a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;

b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;

c) pour lesquelles le gouvernement du Canada s'engage financièrement; ou

d) devant être réalisées sur des terres administrées par le gouvernement du Canada, y compris la haute mer.

Reference must also be made to s. 5 of the *Navigable Waters Protection Act* which reads as follows:

On doit aussi mentionner l'art. 5 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*:

5. (1) No work shall be built or placed in, on, over, under, through or across any navigable water unless

5. (1) Il est interdit de construire ou de placer un ouvrage dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers de telles eaux à moins que:

(a) the work and the site and plans thereof have been approved by the Minister, on such terms and conditions as the Minister deems fit, prior to commencement of construction;

a) préalablement au début des travaux, l'ouvrage, ainsi que son emplacement et ses plans, n'aient été approuvés par le ministre selon les modalités qu'il juge à propos;

(b) the construction of the work is commenced within six months and completed within three years after the approval referred to in paragraph (a) or within such further period as the Minister may fix; and

b) la construction de l'ouvrage ne soit commencée dans les six mois et terminée dans les trois ans qui suivent l'approbation visée à l'alinéa a) ou dans le délai supplémentaire que peut fixer le ministre;

(c) the work is built, placed and maintained in accordance with the plans, the regulations and the terms and conditions set out in the approval referred to in paragraph (a).

c) la construction, l'emplacement ou l'entretien de l'ouvrage ne soit conforme aux plans, aux règlements et aux modalités que renferme l'approbation visée à l'alinéa a).

Judicial History

L'histoire judiciaire

Trial Division

La Section de première instance

Jerome A.C.J. identified the four main issues in the action as follows: (1) the standing of the applicant to bring the application; (2) whether the federal Ministers named were bound to invoke the *Guidelines Order*; (3) the applicability of *Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)*, [1989] 3 F.C. 309 (T.D.), aff'd (1989), 99 N.R. 72 (F.C.A.), to the facts of this case; and (4) whether he should exercise his discretion to grant the remedies sought. He dealt

Le juge en chef adjoint Jerome a présenté les quatre questions principales de la façon suivante: (1) la requérante a-t-elle qualité pour présenter la demande en l'espèce? (2) les ministres fédéraux nommés sont-ils tenus d'invoquer le *Décret sur les lignes directrices*? (3) la décision *Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, [1989] 3 C.F. 309 (1^{re} inst.), confirmée par (1989), 99 N.R. 72 (C.A.F.), s'applique-t-elle aux faits de la présente espèce? (4) la

with the first issue by simply assuming, without deciding, that the Society had the requisite standing to bring the application.

With respect to the *Guidelines Order*, Jerome A.C.J. first held that the Minister of Transport was not bound to apply it in assessing the application under the *Navigable Waters Protection Act*, and indeed he found that the Minister would have exceeded his jurisdiction had he invoked the *Guidelines Order*. The reasoning was that the Act sets out no requirement for environmental review but instead confines the Minister to consider only factors affecting marine navigation. Similarly, the Minister of Fisheries and Oceans was without jurisdiction to apply the *Guidelines Order* because his department had not undertaken a project. In the alternative, if the *Guidelines Order* could be said to apply to provincially initiated projects, it would only apply where a federal department received a "proposal" requiring its approval. As the *Fisheries Act* did not contemplate an approval procedure for a permit or licence, the *Guidelines Order* did not apply. Nor were environmental factors raised under either the *Fisheries Act* or the *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15.

Jerome A.C.J. then turned to the *Canadian Wildlife* case. In that case, which I shall discuss with more particularity later, the Federal Court of Appeal had held that before the project in question there, the Rafferty-Alameda Dam, could be undertaken, it was necessary to obtain the approval of the Minister of the Environment. Jerome A.C.J. distinguished that case on two grounds. First, the case involved authorization under the *International River Improvements Act*, R.S.C., 1985, c. I-20, which required prior approval from the Minister of

cour devait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder les redressements demandés? En ce qui concerne la première question, il a simplement tenu pour acquis, sans en décider, que la Société avait la qualité voulue pour présenter la demande.

En ce qui concerne le *Décret sur les lignes directrices*, le juge en chef adjoint Jerome a tout d'abord statué que le ministre des Transports n'était pas tenu de l'appliquer dans l'évaluation de la demande présentée en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* et, en fait, il a conclu que, s'il avait invoqué le *Décret sur les lignes directrices*, le ministre aurait excédé les limites de sa compétence. Le raisonnement était que la *Loi* n'établit pas d'obligation de tenir un examen des incidences environnementales, mais limite plutôt le ministre à prendre en considération seulement les facteurs touchant la navigation. Par ailleurs, le ministre des Pêches et des Océans n'avait pas compétence pour appliquer le *Décret sur les lignes directrices* parce que son ministère n'avait pas entrepris de projet. Par contre, dans l'hypothèse où le *Décret sur les lignes directrices* pouvait être étendu aux projets lancés par les provinces, il ne se serait appliqué que dans les cas où un ministère fédéral aurait reçu une «proposition» exigeant son approbation. Comme la *Loi sur les pêches* ne prévoit pas de procédure d'approbation qui serait applicable à un permis ou à une licence, le *Décret sur les lignes directrices* ne s'applique pas. En outre, les facteurs environnementaux ne sont soulevés ni dans la *Loi sur les pêches* ni dans la *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15.

Le juge en chef adjoint Jerome examine ensuite l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*. Dans cette affaire, que j'analyserai plus à fond plus loin, la Cour d'appel fédérale a statué que le ministre de l'Environnement devait approuver le projet en question, le barrage Rafferty-Alameda, avant sa mise en œuvre. Le juge en chef adjoint Jerome estime que cette affaire se distingue de celle de l'espèce pour deux raisons. Premièrement, il était question d'une autorisation requise aux termes de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration*

the Environment, as opposed to the instant case where approval may be granted under the *Navigable Waters Protection Act* after the project is commenced. Second, the Rafferty-Alameda project involved the Minister of the Environment whose statutory duties under the *Department of the Environment Act* included consideration of environmental factors.

Lastly, on the issue of the discretionary nature of the relief sought, Jerome A.C.J. found against the Society because of delay and the unnecessary duplication that would result. Between the grant of approval on September 18, 1987 and the commencement of this action on April 21, 1989, he noted, no steps had been taken to quash the approval and compel the application of the *Guidelines Order*. By the time the action was started the project was 40 percent complete. Furthermore, Alberta had already conducted an extensive environmental review of the project and had "identified every possible area of environmental social concern and ha[d] given every citizen, including the members of the applicant organization, ample opportunity to voice their views and to mobilize their opposition" (pp. 273-74). That being so, applying the *Guidelines Order* would be needlessly repetitive. Accordingly, he dismissed the application.

The Society then launched an appeal to the Federal Court of Appeal.

Court of Appeal

Stone J.A., writing for the court, began by noting that the Oldman River Dam may have an environmental effect on at least three areas of federal responsibility, namely fisheries, Indians and Indian lands. He disagreed with the view that the Minister of Transport was restricted to considering matters affecting marine navigation only. He found that the dam project fell within the ambit of the *Guidelines*

des cours d'eau internationaux, L.R.C. (1985), ch. I-20, nécessitant l'approbation préalable du ministre de l'Environnement; en l'espèce, l'approbation en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* peut être accordée une fois la réalisation du projet entamée. Deuxièmement, le projet de construction du barrage de Rafferty-Alameda faisait intervenir le ministre de l'Environnement à qui la *Loi sur le ministère de l'Environnement* imposait l'obligation de se prononcer sur des facteurs environnementaux.

Enfin, en ce qui concerne le caractère discrétionnaire du redressement recherché, le juge en chef adjoint Jerome n'a pas fait droit à la demande de la Société en raison du retard et du chevauchement inutile qui s'ensuivraient. Entre l'approbation accordée le 18 septembre 1987 et le début de la présente action le 21 avril 1989, il précise qu'aucune mesure n'a été prise pour faire annuler cette approbation et forcer l'application du *Décret sur les lignes directrices*. À la date où la présente action a été intentée, le projet était déjà complété à environ 40 pour 100. Par ailleurs, la province d'Alberta avait déjà procédé à un examen exhaustif des incidences environnementales du projet qui «a permis le recensement complet des questions pouvant faire l'objet de préoccupations sociales environnementales, en sorte de donner à tous les citoyens, y compris les membres de l'organisation requérante, l'entière possibilité d'exprimer leur opinion et de se mobiliser en vue de contester le projet» (pp. 273 et 274). Cela étant, l'application du *Décret sur les lignes directrices* serait inutilement répétitive. Il a donc rejeté la demande.

La Société a alors interjeté appel auprès de la Cour d'appel fédérale.

La Cour d'appel

Le juge Stone, s'exprimant au nom de la cour, a tout d'abord fait remarquer que la construction du barrage sur la rivière Oldman peut avoir des répercussions environnementales sur au moins trois domaines de compétence fédérale, soit les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes. Il n'est pas d'accord avec la proposition selon laquelle le ministre des Transports pouvait seulement prendre

Order and that the Department of Transport was an "initiating department" for the purposes of the *Guidelines Order* thereby engaging the application of the *Guidelines Order*. Stone J.A. referred to the *Canadian Wildlife* case for authority that the *Guidelines Order* was a law of general application, and as such imposed on the Minister a "superadded" duty over and above his other statutory powers. Nor was there any conflict between the requirement for an initial assessment "as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken" in the *Guidelines Order*, and the remedial power under s. 6 of the *Navigable Waters Protection Act* to grant approval after the commencement of construction. That power, he held, is an exception to the general rule in s. 5 of the Act requiring approval prior to construction, and in exercising his discretion to grant approval after commencement, the Minister is not precluded from applying the *Guidelines Order*.

Stone J.A. next turned to the question whether the Minister of Fisheries and Oceans was compelled to apply the *Guidelines Order*. He first considered whether the Minister had been seized with a "proposal" as defined in the Act so as to make him subject to the *Guidelines Order*. He concluded in the affirmative. "Proposal", in Stone J.A.'s view, is there used in a far broader sense than its ordinary meaning. In particular it is not limited to something in the nature of an application. An application is but one way in which an "initiative, undertaking or activity" can come to the attention of the Minister but it is not the only way. Another way is for an individual to request that the Minister take action under the appropriate statute, as was done here, and since the Minister was aware of an initiative within a federal area of responsibility, there was a "proposal" as defined in the *Guidelines Order*. Moreover, the Minister's decision not to intervene constituted him as a "decision making

en considération les facteurs touchant la navigation. Il a conclu que le projet de barrage était visé par le *Décret sur les lignes directrices* et que le ministère des Transports était le «ministère responsable» aux fins de l'application de ce décret, ce qui en déclenchait l'application. Le juge Stone s'appuie ensuite sur l'arrêt *Fédération canadienne de la faune* pour déclarer que le *Décret sur les lignes directrices* est une règle d'application générale et qu'il impose au ministre une fonction qui «s'ajoute» à l'exercice des autres pouvoirs qui lui sont conférés par des lois. Il n'existe pas de conflit entre, d'une part, le fait d'exiger dans le *Décret sur les lignes directrices* qu'un examen soit effectué «le plus tôt possible au cours de l'étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables» et, d'autre part, le pouvoir de redressement permettant au ministre d'accorder une approbation après le début des travaux, en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Selon le juge Stone, ce pouvoir constitue une exception à la règle générale énoncée à l'art. 5 de la Loi selon laquelle il faut obtenir une approbation avant le début de la construction et, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, rien n'empêche le ministre d'appliquer le *Décret sur les lignes directrices*.

Le juge Stone examine ensuite la question de savoir si le ministre des Pêches et des Océans était tenu d'appliquer le *Décret sur les lignes directrices*. Il tente tout d'abord de déterminer si le ministre était saisi d'une «proposition» au sens de la Loi de façon à déclencher l'application du *Décret sur les lignes directrices*. Il arrive à une conclusion affirmative. Selon le juge Stone, le terme «proposition» est un terme défini dont la portée est beaucoup plus large que sa portée courante. En particulier il n'est pas limité à quelque chose de la nature d'une demande. Une demande n'est qu'un moyen, parmi d'autres, d'attirer l'attention du ministre sur l'existence d'une «entreprise ou activité». Un ministre peut aussi être mis au courant par une démarche d'un particulier sollicitant des mesures spécifiques aux termes d'une loi, comme en l'espèce, et, puisque le ministre était au courant d'un projet dans un domaine de compétence fédérale, il existait une «proposition» au sens

authority” and thus triggered his obligations under the *Guidelines Order*.

Stone J.A. then dealt with the issue of discretion and reviewed the relevant principles which apply to an appellate court interfering with a trial judge’s exercise of discretion. Shortly put, such interference is not warranted absent a finding that the trial judge proceeded on an erroneous principle or a misapprehension of the facts, or where the order is not just and reasonable. Parenthetically, and by way of footnote, Stone J.A. was of the view that refusing to grant prerogative relief on the ground of delay was not “well-founded in principle”, because the delay was explained by the facts, especially that the respondent did not become aware of the approval granted by the Minister of Transport until only two months before the action was commenced. Further, the respondent was otherwise engaged in challenging the provincial licence issued, and it was not until the eve of this action that the Trial Division of the Federal Court handed down its decision in the *Canadian Wildlife* case holding that the *Guidelines Order* was binding on the Minister of the Environment.

As to the unnecessary duplication that could result from granting the relief sought, Stone J.A. found that the provincial environmental review process was deficient in two respects when contrasted with the environmental impact assessment required by the *Guidelines Order*. First, the provincial legislation did not place the same emphasis on public participation in the process as the *Guidelines Order*. Secondly, there was nothing in the provincial legislation requiring the same degree of independence of the review panel.

du *Décret sur les lignes directrices*. Par ailleurs, la décision du ministre de ne pas intervenir faisait de lui celui qui «exerce le pouvoir de décision», déclenchant ainsi ses obligations en vertu du ^a *Décret sur les lignes directrices*.

Le juge Stone examine ensuite la question du pouvoir discrétionnaire et analyse les principes pertinents applicables à une cour d’appel quant à la modification d’une décision rendue par un juge de première instance dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Bref, une cour d’appel ne serait pas justifiée de modifier en appel la décision, sauf si le juge de première instance a agi sur le fondement d’un principe erroné ou d’une appréciation fautive des faits ou si l’ordonnance prononcée n’est pas juste et raisonnable. Entre parenthèses, et dans la note en bas de page, le juge Stone se dit d’avis que la décision de refuser la délivrance du bref de prérogative parce que les procédures auraient été intentées trop tard n’est pas «bien fondée dans son principe», parce que les faits expliquent le retard, particulièrement que l’intimée n’a eu connaissance de la décision du ministre des Transports d’accorder l’approbation que deux mois avant le début des procédures. Par ailleurs, l’intimée avait tenté de contester le permis provincial délivré et ce n’est qu’à la veille du commencement des procédures que la Section de première instance de la Cour fédérale a décidé, dans l’affaire *Fédération canadienne de la faune*, que le ministre de l’Environnement était lié par le *Décret sur les lignes directrices*.

En ce qui concerne la répétition inutile à laquelle pourrait donner lieu l’octroi de la réparation demandée, le juge Stone a statué que le processus provincial d’examen en matière d’environnement échoue sous deux aspects lorsqu’on le compare au processus d’évaluation des incidences environnementales prévu dans le *Décret sur les lignes directrices*. Premièrement, les textes législatifs provinciaux n’accordent pas la même importance à la participation du public au processus que le *Décret sur les lignes directrices*. Deuxièmement, rien dans les textes législatifs provinciaux n’exige le même degré d’indépendance que celui qui est exigé de la commission d’examen.

The last issue addressed by Stone J.A. that has been raised in this appeal is whether the *Navigable Waters Protection Act* binds the Crown in right of Alberta. Referring to this Court's decision in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, he held that the Act, especially s. 4 when read in context, evidenced an intention to bind the Crown. Furthermore, the purpose of the Act would be wholly frustrated if the Crown were not bound, it being well known that many obstructions placed in navigable waters are sponsored by government.

As a result the appeal was allowed, the approval was quashed and the Ministers of Transport and Fisheries and Oceans ordered to comply with the *Guidelines Order*.

The Appeal to this Court

As earlier noted, leave to appeal to this Court was sought and granted, and the Chief Justice stated the following constitutional question on October 29, 1990:

Is the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467, so broad as to offend ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867* and therefore constitutionally inapplicable to the Oldman River Dam owned by the appellant, Her Majesty the Queen in right of Alberta?

Interventions were then filed by the Attorneys General of Quebec, New Brunswick, Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Newfoundland and the Minister of Justice of the Northwest Territories, and a number of environmental groups, namely the Sierra Legal Defence Fund, the Canadian Environmental Law Association, the Sierra Club of Western Canada, the Cultural Survival (Canada), Friends of the Earth and the Alberta Wilderness Association, as well as several Indian organizations, namely, the National Indian Brotherhood and the Assembly of First Nations, the Dene Nation and the Metis Association of the

La dernière question analysée par le juge Stone et qui est aussi soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si la *Loi sur la protection des eaux navigables* lie la Couronne du chef de l'Alberta.

En se fondant sur la décision rendue par notre Cour dans *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, le juge Stone a statué que la Loi, tout particulièrement l'art. 4 examiné dans son contexte, permet de constater une intention de lier la Couronne. Par ailleurs, la Loi serait privée de toute efficacité si ses dispositions ne liaient pas la Couronne, puisqu'il est notoire qu'un grand nombre d'ouvrages obstruant des eaux navigables sont construits sous l'égide des gouvernements.

En conséquence, l'appel a été accueilli, l'approbation a été annulée et le ministre des Transports et celui des Pêches et des Océans ont été enjoins de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*.

Le pourvoi devant notre Cour

Comme je l'ai déjà mentionné, une autorisation de pourvoi a été demandée à notre Cour, qui l'a accordée, et le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante le 29 octobre 1990:

Le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*, DORS/84-467, est-il général au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* et d'être, par conséquent, constitutionnellement inapplicable au barrage de la rivière Oldman appartenant à l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta?

Des interventions ont ensuite été déposées par les procureurs généraux du Québec, du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve, le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest et un certain nombre de groupes environnementaux, notamment le Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, le Sierra Club of Western Canada, Survie culturelle (Canada), les Amis de la Terre et l'Alberta Wilderness Association, ainsi que par plusieurs organisations indiennes, notamment la Fraternité des Indiens du Canada et l'Assemblée

Northwest Territories, and the Native Council of Canada (Alberta).

des premières nations, la Nation dénée et l'Association des Métis des Territoires du Nord-Ouest ainsi que le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta).

Issues

Les questions en litige

The many issues arising in this appeal have been variously ordered by the parties in their written submissions, but I prefer to deal with them as follows:

Les parties ont présenté de diverses façons dans leur mémoire les nombreuses questions soulevées dans le présent pourvoi, mais je préfère les analyser dans l'ordre suivant:

1. Statutory Validity of the *Guidelines Order*

1. La validité législative du *Décret sur les lignes directrices*

a. Is the *Guidelines Order* authorized by s. 6 of the *Department of the Environment Act*?

a. Le *Décret sur les lignes directrices* est-il autorisé par l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*?

b. Is the *Guidelines Order* inconsistent with the *Navigable Waters Protection Act* and the *Fisheries Act*?

b. Le *Décret sur les lignes directrices* est-il incompatible avec la *Loi sur la protection des eaux navigables* et la *Loi sur les pêches*?

2. Obligation of the Ministers to Comply with the *Guidelines Order*

2. L'obligation des ministres de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*

a. Does s. 4(1) of the *Department of the Environment Act* preclude the application of the *Guidelines Order* to the Ministers?

a. Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* écarte-t-il l'application aux ministres du *Décret sur les lignes directrices*?

b. Does the *Guidelines Order* apply to projects other than new federal projects?

b. Le *Décret sur les lignes directrices* s'applique-t-il aux projets autres que les nouveaux projets fédéraux?

c. Are the Ministers "initiating departments"?

c. Les ministres sont-ils des «ministères responsables»?

d. Is the *Navigable Waters Protection Act* binding on the Crown in right of Alberta?

d. La *Loi sur la protection des eaux navigables* lie-t-elle la Couronne du chef de l'Alberta?

3. Constitutional Question

3. La question constitutionnelle

Is the *Guidelines Order* so broad as to offend ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867* and therefore constitutionally inapplicable to the Oldman River Dam owned by Alberta?

Le *Décret sur les lignes directrices* est-il général au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et d'être, par conséquent, constitutionnellement inapplicable au barrage de la rivière Oldman appartenant à l'Alberta?

4. Discretion

Did the Federal Court of Appeal err in interfering with the discretion of Jerome A.C.J. whereby he declined to grant the remedies sought?

Statutory Validity of the Guidelines Order

Is the *Guidelines Order* Authorized by s. 6 of the *Department of the Environment Act*?

The appellant Alberta argued that the *Guidelines Order* is *ultra vires* because it does not fall within the scope of the powers conferred under its enabling legislation, s. 6 of the *Department of the Environment Act*. For convenience, I shall repeat this provision:

6. For the purposes of carrying out his duties and functions related to environmental quality, the Minister may, by order, with the approval of the Governor in Council, establish guidelines for use by departments, boards and agencies of the Government of Canada and, where appropriate, by corporations named in Schedule III to the *Financial Administration Act* and regulatory bodies in the exercise of their powers and the carrying out of their duties and functions.

The principal ground on which it is contended that the *Guidelines Order* is invalid is that by using the term "guidelines" s. 6 does not empower the enactment of mandatory subordinate legislation, but instead only contemplates a purely administrative directive not intended to be legally binding on those to whom it is addressed. There is of course no doubt that the power to make subordinate legislation must be found within the four corners of its enabling statute, and it is there that one must turn to determine if the Act can support delegated legislation of a mandatory nature, the non-compliance with which can found prerogative relief.

This issue was addressed in *Canadian Wildlife, supra*. In that case the applicant challenged the issuance of a licence by the Minister of the Environment under the *International River Improvements Act* and sought an order in the nature of cer-

4. Le pouvoir discrétionnaire

La Cour d'appel fédérale a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision de refuser d'accorder les réparations demandées, prise par le juge en chef adjoint Jerome dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire?

La validité législative du Décret sur les lignes directrices

Le Décret sur les lignes directrices est-il autorisé par l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*?

L'appelante l'Alberta soutient que le *Décret sur les lignes directrices* est *ultra vires* parce qu'il n'est pas compris dans les pouvoirs prévus dans le texte habilitant, soit l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Par souci de commodité, je reproduis la disposition en question:

6. Au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la qualité de l'environnement, le ministre peut par arrêté, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des directives à l'usage des ministères et organismes fédéraux et, s'il y a lieu, à celui des sociétés d'État énumérées à l'annexe III de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des organismes de réglementation dans l'exercice de leurs pouvoirs et fonctions.

Le principal motif invoqué à l'appui de la prétention que le *Décret sur les lignes directrices* n'est pas valide est que l'emploi du terme «directives» à l'art. 6 ne permet pas l'adoption de textes réglementaires impératifs, mais envisage seulement l'établissement de directives purement administratives qui ne visent pas à lier juridiquement ceux à qui elles s'adressent. Il n'y a pas de doute que le pouvoir d'adopter des textes réglementaires doit être prévu dans la loi habilitante et c'est celle-ci que l'on doit examiner pour déterminer si la Loi peut appuyer l'adoption d'un texte réglementaire impératif, dont la violation peut entraîner une demande de bref de prérogative.

Cette question a été analysée dans l'arrêt *Fédération canadienne de la faune*, précité. Dans cette affaire, la requérante contestait la délivrance d'un permis par le ministre de l'Environnement en vertu de la *Loi sur les ouvrages destinés à l'amélioration*

tiorari quashing the licence, and mandamus requiring the Minister to comply with the *Guidelines Order*. In the Trial Division, Cullen J. found that the *Guidelines Order* is an enactment or regulation as defined in s. 2(1) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides:

2. (1) In this Act,

“enactment” means an Act or regulation or any portion of an Act or regulation;

“regulation” includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument issued, made or established

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

(b) by or under the authority of the Governor in Council;

Cullen J. then concluded, at p. 322:

Therefore, EARP Guidelines Order is not a mere description of a policy or programme; it may create rights which may be enforceable by way of *mandamus* (see *Young v. Minister of Employment and Immigration* (1987), 8 F.T.R. 218 (F.C.T.D.) at page 221).

In the Court of Appeal, Hugessen J.A. relied on both the English and French versions of s. 6 of the *Department of the Environment Act* to find that it was capable of supporting a power to enact binding subordinate legislation. “The word ‘guidelines’”, he stated, “in itself is neutral in this regard.” Turning then, to the question whether the Guidelines were so written as to make them mandatory, he observed, at pp. 73-74:

Finally, there is nothing in the text of the Guidelines themselves which indicates that they are not mandatory; on the contrary, the repeated use of the word “shall” . . . throughout, and particularly in ss. 6, 13 and 20, indicates a clear intention that the Guidelines shall bind all those to whom they are addressed, including the Minister of the Environment himself.

des cours d'eau internationaux et sollicitait une ordonnance de la nature d'un *certiorari* annulant le permis, et un *mandamus* enjoignant au ministre de l'Environnement de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*. Le juge Cullen de la Section de première instance a statué que le *Décret sur les lignes directrices* est un texte ou un règlement au sens du par. 2(1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985) ch. I-21:

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

«règlement» Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d'honoraires, lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris:

a) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale;

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité.

«texte» Tout ou partie d'une loi ou d'un règlement.

Le juge Cullen conclut à la p. 322:

Par conséquent, le Décret n'est pas un simple énoncé de politique ou de programme; il est susceptible de créer des droits qu'on peut faire respecter par voie de *mandamus* (voir *Young c. Ministre de l'emploi et de l'immigration* (1987), 8 F.T.R. 218 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 221).

En Cour d'appel, le juge Hugessen s'est fondé sur les versions française et anglaise de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement* pour statuer que cette loi pouvait appuyer l'existence d'un pouvoir d'adopter un texte réglementaire impératif. «Le mot «directives» en lui-même, a-t-il précisé, est neutre à cet égard». Quant à la question de savoir si les Lignes directrices avaient été rédigées de façon à les rendre impératives, il écrit aux pp. 73 et 74:

En dernier lieu, rien dans les textes des Directives elles-mêmes n'indique qu'elles ne sont pas impératives; au contraire, l'emploi répété du verbe «shall» [...] dans la version anglaise des Directives, et particulièrement aux articles 6, 13 et 20, montre l'intention évidente que les Directives aient force obligatoire pour tous ceux qu'elles visent, y compris le ministre de l'Environnement lui-même.

I would agree with him on both points. The first question depends on legislative intent. The guidelines under the Act reviewed by this Court in the *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, for example, were clearly mandatory in nature. I am satisfied that s. 6 of the Act can sustain the enactment of mandatory guidelines, and that the Guidelines as framed are mandatory in nature.

There is nothing here to indicate that the *Guidelines Order* is merely another form of administrative directive which cannot confer enforceable rights, as was the case in *Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board*, [1978] 1 S.C.R. 118. In *Martineau* the issue was whether a directive concerning the discipline of inmates, authorized by s. 29(3) of the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, was "law" within the wording of s. 28 of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1, and thus gave the Federal Court jurisdiction to review a disciplinary order made by the Board. This Court, by majority, held that the directive was not "law" within s. 28, Pigeon J. noting, at p. 129:

It is significant that there is no provision for penalty and, while they are authorized by statute, they are clearly of an administrative, not a legislative, nature. It is not in any legislative capacity that the Commissioner is authorized to issue directives but in his administrative capacity. I have no doubt that he would have the power of doing it by virtue of his authority without express legislative enactment. [Emphasis added.]

There is little doubt that ordinarily a Minister has an implicit power to issue directives to implement the administration of a statute for which he is responsible; see for example *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2. It is also clear that a violation of such directives will only give rise to administrative rather than judicial sanction because they do not have the full force of law.

Je suis d'accord avec lui sur ces deux points. La première question dépend de l'intention du législateur. Les lignes directrices, établies en vertu de la Loi que notre Cour a analysée dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, par exemple, étaient clairement impératives. Je suis convaincu que l'art. 6 de la Loi permet l'adoption de lignes directrices impératives et que les Lignes directrices sont formulées de façon à les rendre impératives.

En l'espèce, rien n'indique que le *Décret sur les lignes directrices* ne constitue qu'une autre forme de directive administrative qui ne peut établir de droits exécutoires, comme dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, [1978] 1 R.C.S. 118. Dans cette affaire, la question était de savoir si l'on était «légalement» soumis, au sens de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1, à une directive concernant les mesures disciplinaires prises contre les détenus, adoptée en vertu du par. 29(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, ch. P-6, de façon que la Cour fédérale avait compétence pour examiner une décision disciplinaire prononcée par le Comité. Notre Cour à la majorité a statué que la décision du comité ne se trouvait pas, au sens de l'art. 28, «légalement» soumise au processus prescrit par la directive. Le juge Pigeon indique à la p. 129:

Il est significatif qu'il n'est prévu aucune sanction pour elles et, bien qu'elles soient autorisées par la Loi, elles sont nettement de nature administrative et non législative. Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur. Je suis convaincu qu'il aurait l'autorité d'établir ces directives même en l'absence d'une disposition législative expresse. [Je souligne.]

Il y a peu de doute qu'un ministre possède habituellement un pouvoir implicite d'établir des directives visant l'application d'une loi dont il est responsable; voir, par exemple, l'arrêt *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2. Il est également évident que la violation de ces directives ne donnerait lieu qu'à une sanction administrative et non judiciaire puisque celles-ci n'ont pas force de loi.

Here though we are dealing with a directive that is not merely authorized by statute, but one that is required to be formally enacted by "order", and promulgated under s. 6 of the *Department of the Environment Act*, with the approval of the Governor in Council. That is in striking contrast with the usual internal ministerial policy guidelines intended for the control of public servants under the minister's authority. To my mind this is a vital distinction. Its effect is thus described by R. Dussault and L. Borgeat in *Administrative Law* (2nd ed. 1985), vol. 1, at pp. 338-39:

When a government considers it necessary to regulate a situation through norms of behaviour, it may have a law passed or make a regulation itself, or act administratively by means of directives. In the first case, it is bound by the formalities surrounding the legislative or regulatory process; conversely, it knows that once these formalities have been observed, the new norms will come within a framework of "law" and that by virtue of the Rule of Law they will be applied by the courts. In the second case, that is, when it chooses to proceed by way of directives, whether or not they are authorized by legislation, it opts instead for a less formalized means based upon hierarchical authority, to which the courts do not have to ensure obedience. To confer upon a directive the force of a regulation is to exceed legislative intent. It is said that the Legislature does not speak without a purpose; its implicit wish to leave a situation outside the strict framework of "law" must be respected.

The word "guidelines" cannot be construed in isolation; s. 6 must be read as a whole. When so read it becomes clear that Parliament has elected to adopt a regulatory scheme that is "law", and thus amenable to enforcement through prerogative relief.

Alberta also argues that the *Guidelines Order* is *ultra vires* on the ground that the scope of the subject matter covered in the delegated legislation goes far beyond that authorized by the *Department of the Environment Act*. More specifically, it contends that the authority to establish guidelines for the purposes of carrying out the Minister's duties related to "environmental quality" does not comprehend a process of environmental impact assess-

Cependant, en l'espèce, il s'agit d'une directive qui n'est pas simplement autorisée par une loi, mais qui doit être officiellement adoptée par «arrêté» et promulguée en vertu de l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*, sur approbation du gouverneur en conseil. Ce processus contraste vivement avec le processus habituel d'établissement de directives de politique interne ministérielle destinées à exercer un contrôle sur les fonctionnaires relevant de l'autorité du ministre. À mon avis, il s'agit là d'une distinction essentielle. Voici comment R. Dussault et L. Borgeat décrivent l'effet de cette distinction dans *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1984), t. I, à la p. 429:

Lorsqu'un gouvernement juge nécessaire de régir une situation par des normes de comportement, il peut faire adopter une loi ou édicter lui-même un règlement, ou bien procéder administrativement par voie de directives. Dans le premier cas, il doit s'astreindre aux formalités de l'adoption des lois et des règlements; par contre, il sait que, une fois ces formalités respectées, les nouvelles normes entreront dans le cadre de la «légalité» et qu'en vertu de la *Rule of law* elles seront appliquées par les tribunaux. Dans le second cas, c'est-à-dire s'il choisit de procéder par directives, que celles-ci soient ou non autorisées législativement, il opte plutôt pour la voie moins formalisée de l'autorité hiérarchique, dont les tribunaux n'ont pas à assurer le respect. Attribuer à des directives l'effet de règlements, c'est aller au-delà de l'intention du législateur. Celui-ci ne parlant pas pour ne rien dire, il faut respecter sa volonté implicite de laisser une situation hors du cadre strict de la «légalité».

On ne doit pas examiner le terme «directives» en vase clos; il faut interpréter l'art. 6 dans son ensemble. On se rend alors compte que le législateur fédéral a opté pour l'adoption d'un mécanisme de réglementation auquel on est soumis «légalement» et dont on peut obtenir l'exécution par bref de prérogative.

L'Alberta prétend également que le *Décret sur les lignes directrices* est *ultra vires* au motif que l'étendue du sujet traité dans la législation déléguée va bien au-delà de ce qui est autorisée par la *Loi sur le ministère de l'Environnement*. Plus particulièrement, l'Alberta soutient que le pouvoir du ministre de prendre des directives au titre de celles de ses fonctions qui portent sur la «qualité de l'environnement» ne comprend pas l'établissement

ment, such as found in the *Guidelines Order*, in which the decision maker is required to take into account socio-economic considerations. Rather, it is argued, the Act only permits the enactment of delegated legislation that is strictly concerned with matters relating to environmental quality as understood in a physical sense.

I cannot accept that the concept of environmental quality is confined to the biophysical environment alone; such an interpretation is unduly myopic and contrary to the generally held view that the "environment" is a diffuse subject matter; see *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401. The point was made by the Canadian Council of Resource and Environment Ministers, following the "Brundtland Report" of the World Commission on Environment and Development, in the *Report of the National Task Force on Environment and Economy*, September 24, 1987, at p. 2:

Our recommendations reflect the principles that we hold in common with the World Commission on Environment and Development (WCED). These include the fundamental belief that environmental and economic planning cannot proceed in separate spheres. Long-term economic growth depends on a healthy environment. It also affects the environment in many ways. Ensuring environmentally sound and sustainable economic development requires the technology and wealth that is generated by continued economic growth. Economic and environmental planning and management must therefore be integrated.

Surely the potential consequences for a community's livelihood, health and other social matters from environmental change are integral to decision making on matters affecting environmental quality, subject, of course, to the constitutional imperatives, an issue I will address later.

I have therefore concluded that the *Guidelines Order* has been validly enacted pursuant to the

d'un processus d'évaluation des incidences environnementales, comme celui que prévoit le *Décret sur les lignes directrices*, dans l'exécution duquel le décideur doit tenir compte de facteurs socio-économiques. On fait valoir plutôt que la Loi permet seulement l'adoption de textes réglementaires qui visent strictement les questions portant sur la qualité de l'environnement, prise dans un sens physique.

Je ne puis accepter que le concept de la qualité de l'environnement se limite à l'environnement biophysique seulement; une telle interprétation est indûment étroite et contraire à l'idée généralement acceptée que l'«environnement» est un sujet diffus; voir l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401. Ce point a été énoncé par le Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'Environnement, à la suite du «Rapport Brundtland» de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, dans le *Rapport du Groupe de Travail national sur l'environnement et l'économie*, 24 septembre 1987, à la p. 2:

Nos recommandations reflètent des principes que nous partageons avec la Commission mondiale sur l'environnement et le développement. Nous croyons notamment que la planification environnementale et la planification économique ne peuvent pas se faire dans des milieux séparés. La croissance économique à long terme dépend de l'environnement. Elle affecte aussi l'environnement de bien des façons. Pour assurer un développement économique durable et compatible avec l'environnement, nous avons besoin de la technologie et de la richesse produites par une croissance économique soutenue. La planification et la gestion de l'économie et de l'environnement doivent donc être intégrées.

Certes, les conséquences éventuelles d'un changement environnemental sur le gagne-pain, la santé et les autres préoccupations sociales d'une collectivité font partie intégrante de la prise de décisions concernant des questions ayant une incidence sur la qualité de l'environnement, sous réserve, bien entendu, des impératifs constitutionnels, question que j'examinerai plus loin.

Je conclus en conséquence que le *Décret sur les lignes directrices* a été validement adopté confor-

Department of the Environment Act, and is mandatory in nature.

Inconsistency With the *Navigable Waters Protection Act* and *Fisheries Act*

The appellants Alberta and the federal Ministers argue that the *Guidelines Order* is inconsistent with and therefore must yield to the requirements of the *Navigable Waters Protection Act* for obtaining an approval under s. 5 of that Act. Specifically, they say, the Minister of Transport is confined by the Act to a consideration of matters pertaining to marine navigation alone, and that the *Guidelines Order* cannot displace or add to the criteria mentioned in the Act. Alberta also submits that the *Guidelines Order* is similarly inconsistent with the *Fisheries Act*, but for the reasons set out later I do not find it necessary to address that issue.

The basic principles of law are not in doubt. Just as subordinate legislation cannot conflict with its parent legislation (*Belanger v. The King* (1916), 54 S.C.R. 265), so too it cannot conflict with other Acts of Parliament (*R. & W. Paul, Ltd. v. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139 (H.L.)), unless a statute so authorizes (*Re Gray* (1918), 57 S.C.R. 150). Ordinarily, then, an Act of Parliament must prevail over inconsistent or conflicting subordinate legislation. However, as a matter of construction a court will, where possible, prefer an interpretation that permits reconciliation of the two. "Inconsistency" in this context refers to a situation where two legislative enactments cannot stand together; see *Daniels v. White*, [1968] S.C.R. 517. The rule in that case was stated in respect of two inconsistent statutes where one was deemed to repeal the other by virtue of the inconsistency. However, the underlying rationale is the same as where subordinate legislation is said to be inconsistent with another Act of Parliament—there is a presumption that the legislature did not intend to make or empower the making of contradictory enactments. There is also some doctrinal similarity to the principle of paramountcy in constitutional division of powers cases where incon-

mément à la *Loi sur le ministère de l'Environnement* et qu'il est de nature impérative.

L'incompatibilité avec la *Loi sur la protection des eaux navigables* et la *Loi sur les pêches*

Les appelants, l'Alberta et les ministres fédéraux, prétendent que le *Décret sur les lignes directrices* est incompatible avec les exigences de la *Loi sur la protection des eaux navigables* pour ce qui est de l'obtention d'une approbation en vertu de l'art. 5 de cette loi et que celle-ci doit avoir préséance sur le Décret. Plus particulièrement, ils disent que le ministre des Transports ne peut, en vertu de la Loi, tenir compte que des facteurs touchant la navigation et que le *Décret sur les lignes directrices* ne peut remplacer les critères prévus dans la Loi ni ajouter à ceux-ci. L'Alberta soutient aussi que le *Décret sur les lignes directrices* est également incompatible avec la *Loi sur les pêches*; toutefois, pour les motifs exprimés plus loin, j'estime inutile d'analyser cette question.

On ne met pas en doute les principes fondamentaux du droit. Il ne peut y avoir incompatibilité entre le texte réglementaire et la loi en vertu duquel il est adoptée (*Belanger c. The King* (1916), 54 R.C.S. 265), pas plus qu'il ne peut y en avoir avec les autres lois fédérales (*R. & W. Paul, Ltd. c. Wheat Commission*, [1937] A.C. 139 (H.L.)), sauf si la loi l'autorise (*Re Gray* (1918), 57 R.C.S. 150). Normalement, la loi fédérale doit l'emporter sur le texte réglementaire incompatible. Toutefois, en matière d'interprétation, un tribunal préférera, dans la mesure du possible, une interprétation qui permet de concilier les deux textes. Dans ce contexte, l'«incompatibilité» renvoie à une situation où le texte législatif et le texte réglementaire ne peuvent être conciliés; voir l'arrêt *Daniels c. White*, [1968] R.C.S. 517. Dans cette affaire, la règle a été énoncée à l'égard de deux lois incompatibles dont l'une était réputée abroger l'autre en raison de l'incompatibilité. Toutefois, la justification fondamentale est la même que dans le cas où le texte réglementaire serait incompatible avec une autre loi fédérale—il existe une présomption que le législateur n'a pas eu l'intention d'adopter des textes contradictoires ou d'habiliter quiconque à le faire. Il existe également une ressemblance doctri-

sistency has also been defined in terms of contradiction—i.e., “compliance with one law involves breach of the other”; see *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, at p. 800.

The inconsistency contended for is that the *Navigable Waters Protection Act* implicitly precludes the Minister of Transport from taking into consideration any matters other than marine navigation in exercising his power of approval under s. 5 of the Act, whereas the *Guidelines Order* requires, at a minimum, an initial environmental impact assessment. The appellant Ministers concede that there is no explicit prohibition against his taking into account environmental factors, but argue that the focus and scheme of the Act limit him to considering nothing other than the potential effects on marine navigation. If the appellants are correct, it seems to me that the Minister would approve of very few works because several of the “works” falling within the ambit of s. 5 do not assist navigation at all, but by their very nature interfere with, or impede navigation, for example bridges, booms, dams and the like. If the significance of the impact on marine navigation were the sole criterion, it is difficult to conceive of a dam of this sort ever being approved. It is clear, then, that the Minister must factor several elements into any cost-benefit analysis to determine if a substantial interference with navigation is warranted in the circumstances.

It is likely that the Minister of Transport in exercising his functions under s. 5 always did take into account the environmental impact of a work, at least as regards other federal areas of jurisdiction, such as Indians or Indian land. However that may be, the *Guidelines Order* now formally mandates him to do so, and I see nothing in this that is inconsistent with his duties under s. 5. As Stone J.A. put it in the Court of Appeal, it created a duty which is “superadded” to any other statutory

nale avec le principe de la prépondérance dans les affaires de partage constitutionnel des compétences dans lesquelles l’incompatibilité a aussi été définie dans le sens de contradiction—c’est-à-dire lorsque le fait de [TRADUCTION] «se conformer à une loi signifie que l’on enfreint l’autre»; voir l’arrêt *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, à la p. 800.

L’incompatibilité invoquée est que la *Loi sur la protection des eaux navigables* empêche implicitement le ministre des Transports de tenir compte de facteurs autres que ceux touchant la navigation dans l’exercice de son pouvoir d’approbation en vertu de l’art. 5 de la Loi, alors que le *Décret sur les lignes directrices* exige tout au moins l’établissement d’une évaluation initiale des incidences environnementales. Les ministres appelants reconnaissent qu’il n’existe pas d’interdiction explicite de tenir compte des facteurs environnementaux, mais prétendent que l’objet et l’esprit de la Loi limitent le ministre des Transports à l’examen des effets possibles d’un ouvrage sur la navigation seulement. Si les appelants ont raison, il me semble que le ministre approuverait très peu d’ouvrages parce que plusieurs des «ouvrages» visés par l’art. 5 ne favorisent pas la navigation en tant que telle, mais la gênent plutôt, ou y font obstacle, en raison même de leur nature, par exemple, les ponts, les estacades, les barrages et autres choses du même genre. Si l’importance de l’incidence sur la navigation constituait le seul critère, il est difficile d’envisager l’approbation d’un barrage du même type que celui en l’espèce. Il est donc évident que le ministre doit tenir compte de plusieurs éléments dans toute analyse coûts-avantages visant à déterminer s’il est justifié dans les circonstances de gêner d’une façon importante la navigation.

Il se peut que le ministre des Transports dans l’exercice de ses fonctions en vertu de l’art. 5 ait toujours tenu compte de l’incidence environnementale d’un ouvrage, tout au moins en ce qui concerne d’autres domaines de compétence fédérale, comme les Indiens ou les terres indiennes. Bien que cela puisse être le cas, le *Décret sur les lignes directrices* exige officiellement qu’il le fasse et, je ne vois rien là d’incompatible avec les fonctions que lui attribue l’art. 5. Comme le juge Stone de la

power residing in him which can stand with that power. In my view the Minister's duty under the *Guidelines Order* is indeed supplemental to his responsibility under the *Navigable Waters Protection Act*, and he cannot resort to an excessively narrow interpretation of his existing statutory powers to avoid compliance with the *Guidelines Order*.

Section 8 of the *Guidelines Order* already recognizes that the environmental impact assessment thereunder will not apply where it would conflict with other statutory provisions. It reads:

8. Where a board or an agency of the Government of Canada or a regulatory body has a regulatory function in respect of a proposal, these Guidelines shall apply to that board, agency or body only if there is no legal impediment to or duplication resulting from the application of these Guidelines.

A broad interpretation of the application of the *Guidelines Order* is consistent with the objectives stated in both the Order itself and its parent legislation—to make environmental impact assessment an essential component of federal decision making. A similar approach has been followed in the United States with respect to their *National Environmental Policy Act*. As Pratt J. put it in *Environmental Defense Fund, Inc. v. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (D.D.C. 1976), at p. 337:

NEPA does not supersede other statutory duties, but, to the extent that it is reconcilable with those duties, it supplements them. Full compliance with its requirements cannot be avoided unless such compliance directly conflicts with other existing statutory duties.

To hold otherwise would, in my view, set at naught the legislative scheme for the protection of the environment envisaged by Parliament in enacting

Cour d'appel l'a indiqué, le Décret a créé une fonction qui «s'ajoute» à tout autre pouvoir qui lui est conféré par des lois et qui n'entre pas en conflit avec ce pouvoir. À mon avis, la fonction confiée au ministre en vertu du *Décret sur les lignes directrices* vient en fait s'ajouter à la responsabilité qu'il a en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* et il ne peut invoquer une interprétation trop étroite des pouvoirs qui lui sont conférés par des lois pour éviter de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*.

L'article 8 du *Décret sur les lignes directrices* reconnaît déjà que l'évaluation des incidences environnementales ne recevra pas application s'il est incompatible avec les dispositions d'autres textes législatifs.

8. Lorsqu'une commission ou un organisme fédéral ou un organisme de réglementation exerce un pouvoir de réglementation à l'égard d'une proposition, les présentes lignes directrices ne s'appliquent à la commission ou à l'organisme que si aucun obstacle juridique ne l'empêche ou s'il n'en découle pas de chevauchement des responsabilités.

Une interprétation libérale de l'application du *Décret sur les lignes directrices* est compatible avec les objectifs mentionnés à la fois dans le Décret et dans la loi en vertu de laquelle il a été adopté—faire de l'évaluation des incidences environnementales un élément essentiel de la prise de décisions fédérales. Une analyse similaire a été adoptée aux États-Unis relativement à la *National Environmental Policy Act*. Comme l'affirme le juge Pratt dans l'arrêt *Environmental Defense Fund, Inc. c. Mathews*, 410 F.Supp. 336 (D.D.C. 1976), à la p. 337:

[TRADUCTION] La *National Environmental Policy Act* ne l'emporte pas sur les autres fonctions conférées par des lois mais, dans la mesure où cette loi est conciliable avec ces fonctions, elle vient les compléter. On ne peut éviter de se conformer pleinement aux exigences de cette loi, sauf si la conformité entrerait directement en conflit avec d'autres fonctions existantes conférées par des lois.

Toute autre interprétation ne tiendrait pas compte, à mon avis, du régime législatif de protection de l'environnement envisagé par le législateur lors-

the *Department of the Environment Act*, and in particular s. 6.

Nor do I think s. 3 of the *Guidelines Order*,^a which requires that the assessment process be initiated “as early in the planning process as possible and before irrevocable decisions are taken”, is in any way inconsistent with s. 6 of the *Navigable Waters Protection Act*. Section 6 is largely concerned with empowering the Minister to remove or take other remedial action in relation to works constructed without complying with s. 5, but the appellants draw attention to s. 6(4) which permits the Minister to approve of a work that has already been built. On this point, I am in complete agreement with Stone J.A. where, at p. 41, he stated:

As I see it, the provisions of section 6 of that Act pertain to the remedial powers of the Minister in deciding what action he might take in the event of a failure to secure a section 5 approval prior to the commencement of construction. Subsection (4) thereof is an exception to the general rule, is entirely discretionary and clearly subservient to the fundamental requirement set out in paragraph 5(1)(a) that an approval be obtained prior to the commencement of construction. Nor can I see anything in the *Guidelines Order* that would prevent the Minister from complying with its terms to the fullest extent possible in exercising his discretion under subsection 6(4) of the *Navigable Waters Protection Act*. That being so, I can find no inconsistency or conflict between these two pieces of federal legislation.

It is thus clear to me that the *Guidelines Order* not only falls within the powers given by the *Department of the Environment Act*, but is completely consistent with the *Navigable Waters Protection Act*. It therefore falls to be decided whether the Order applies in the instant case.

qu’il a adopté la *Loi sur le ministère de l’Environnement*, et, plus particulièrement, l’art. 6.

Je ne crois pas non plus que l’art. 3 du *Décret sur les lignes directrices*, qui exige que l’évaluation soit réalisée «le plus tôt possible au cours de l’étape de planification et avant de prendre des décisions irrévocables», soit d’une façon quelconque incompatible avec l’art. 6 de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. L’article 6 vise principalement à habiliter le ministre qui constate qu’un ouvrage a été construit sans qu’aient été respectées les exigences de l’art. 5 à prendre des mesures pour le faire détruire ou toute autre mesure de redressement nécessaire; toutefois, les appelants ont attiré notre attention sur le par. 6(4) qui habilite le ministre à approuver un ouvrage qui a déjà été construit. Sur ce point, je suis entièrement d’accord avec le juge Stone de la Cour d’appel, qui mentionne à la p. 41:

À mon avis, les dispositions de l’article 6 de la Loi concernent les pouvoirs de redressement que détient le ministre lorsqu’il détermine les mesures qu’il pourrait prendre advenant un défaut d’obtenir une approbation conformément à l’article 5 avant le début de la construction. Le pouvoir prévu au paragraphe (4) de l’article 6 constitue une exception à la règle générale; il est entièrement discrétionnaire et se trouve clairement subordonné à l’exigence fondamentale de l’alinéa 5(1)a) selon laquelle une approbation doit être obtenue avant le début de la construction. Je suis également incapable de trouver dans le Décret sur les lignes directrices une disposition qui empêcherait le ministre de se conformer à ses prescriptions dans toute la mesure du possible lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire sous le régime du paragraphe 6(4) de la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Cela étant, je ne puis conclure à aucune incompatibilité et à aucun conflit entre ces deux textes de la législation fédérale.

Il me paraît donc évident non seulement que le *Décret sur les lignes directrices* s’inscrit dans le cadre des pouvoirs conférés par la *Loi sur le ministère de l’Environnement*, mais qu’il est entièrement compatible avec la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Il faut donc se demander si le Décret s’applique en l’espèce.

Obligation of the Ministers to Comply with the Guidelines Order

Section 4(1) of the *Department of the Environment Act*

Section 4(1)(a) of the *Department of the Environment Act* reads as follows:

4. (1) The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to

(a) the preservation and enhancement of the quality of the natural environment, including water, air and soil quality;

Alberta contends that by restricting the Minister of the Environment's jurisdiction to "matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada" (emphasis added), s. 4 has rendered the *Guidelines Order* inoperative in the present case. Because the *Fisheries Act* regulates the management of Canada's fisheries resource, it is argued, the Minister of the Environment's jurisdiction has been ousted in respect of all matters affecting fish habitat. This argument can be dealt with shortly. Its premise entirely misapprehends the "matters" covered by the respective pieces of legislation. The *Guidelines Order* establishes an environmental assessment process for use by all federal departments in the exercise of their powers and the performance of their duties and functions, whereas the *Fisheries Act* embraces the substantive matter of protecting fish and fish habitat. There is, of course, a connection between the two, but the crucial difference is that one is fundamentally procedural while the other is substantive in nature. Again, the approach suggested by the appellants would make the power given by s. 6 of the *Department of the Environment Act* virtually meaningless.

New Federal Projects

Alberta next takes issue with the purported application of the *Guidelines Order* to proposals

L'obligation des ministres de se conformer au Décret sur les lignes directrices

Le paragraphe 4(1) de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*

Voici le texte de l'al. 4(1)a) de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*:

4. (1) Les pouvoirs et fonctions du ministre s'étendent d'une façon générale à tous les domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux et liés:

a) à la conservation et l'amélioration de la qualité de l'environnement naturel, notamment celle de l'eau, de l'air et du sol;

L'Alberta prétend qu'en restreignant la compétence du ministre de l'Environnement aux «domaines de compétence du Parlement non attribués de droit à d'autres ministères ou organismes fédéraux» (je souligne), l'art. 4 rend le *Décret sur les lignes directrices* inopérant en l'espèce. Parce que la *Loi sur les pêches* régleme la gestion des ressources halieutiques du Canada, on soutient que la compétence du ministre de l'Environnement a été écartée à l'égard de toutes les questions concernant l'habitat du poisson. Cet argument peut être tranché rapidement. Il est fondé sur une interprétation tout à fait erronée des «domaines» visés par les divers textes législatifs. Le *Décret sur les lignes directrices* établit une méthode d'évaluation des incidences environnementales à l'intention de tous les ministères fédéraux dans l'exercice de leurs pouvoirs et dans l'exécution de leurs obligations et fonctions, alors que la *Loi sur les pêches* traite de la question de fond de la protection du poisson et de son habitat. Il existe certes un lien entre les deux, mais la différence essentielle est que l'une porte fondamentalement sur la procédure, alors que l'autre porte sur le fond. L'analyse proposée par les appelants rendrait pratiquement vide de sens le pouvoir conféré par l'art. 6 de la *Loi sur le ministère de l'Environnement*.

Les nouveaux projets fédéraux

L'Alberta s'attaque ensuite à la prétendue application du *Décret sur les lignes directrices* à des

other than “new federal projects, programs and activities” mentioned in s. 5(a)(ii) of the *Department of the Environment Act*. That provision reads:

5. The Minister, in exercising his powers and carrying out his duties and functions under section 4, shall

(a) initiate, recommend and undertake programs, and coordinate programs of the Government of Canada that are designed

(ii) to ensure that new federal projects, programs and activities are assessed early in the planning process for potential adverse effects on the quality of the natural environment and that a further review is carried out of those projects, programs, and activities that are found to have probable significant adverse effects, and the results thereof taken into account . . . [Emphasis added.]

The wording of that subparagraph, it is argued, is determinative of Parliament’s intention to restrict the scope of the *Guidelines Order* to new federal projects, and consequently cannot apply to any project that is provincially sponsored. Here again, as I see it, Alberta seeks to place an unduly narrow construction on the extent of the Minister of the Environment’s duties and functions under s. 6 of the Act. The *Guidelines Order* was enacted under s. 6, not s. 5, and the powers, duties and functions of the Minister there referred to encompass matters found in s. 4 as well as s. 5, including, *inter alia*, “the preservation and enhancement of the quality of the natural environment” (s. 4(1)(a)). Section 6 is thus not confined to new projects, programs and activities. Section 5 merely defines the Minister’s minimum duties under s. 4. Section 4 is much broader. It is there that one finds the true range of the Minister’s duties and functions related to environmental quality for which guidelines may be established.

Initiating Departments

Central to the arguments of the appellant Ministers is whether the *Guidelines Order* by its own terms has any application to the Oldman River

propositions autres que les «nouveaux projets, programmes et activités fédéraux» visés au sous-al. 5a)(ii) de la *Loi sur le ministère de l’Environnement*:

5. Dans le cadre des pouvoirs et fonctions que lui confère l’article 4, le ministre:

a) lance, recommande ou entreprend à son initiative et coordonne à l’échelle fédérale des programmes visant à:

(ii) faire en sorte que les nouveaux projets, programmes et activités fédéraux soient, dès les premières étapes de planification, évalués en fonction de leurs risques pour la qualité de l’environnement naturel, et que ceux d’entre eux dont on aura estimé qu’ils présentent probablement des risques graves fassent l’objet d’un réexamen dont les résultats devront être pris en considération . . . [Je souligne.]

On soutient que le libellé de ce sous-alinéa permet d’établir que le législateur avait l’intention de restreindre l’application du *Décret sur les lignes directrices* aux nouveaux projets fédéraux et que celui-ci ne saurait en conséquence s’appliquer à un projet parrainé par une province. À mon avis, l’Alberta cherche encore ici à interpréter d’une façon trop étroite l’étendue des fonctions du ministre de l’Environnement en vertu de la l’art. 6 de la Loi. Le *Décret sur les lignes directrices* a été adopté en vertu de l’art. 6 et non de l’art. 5 et les pouvoirs et fonctions du ministre qui y sont mentionnés visent à englober des domaines qu’on trouve à l’art. 4 ainsi qu’à l’art. 5, y compris: «la conservation et l’amélioration de la qualité de l’environnement» (al. 4(1)a)). L’article 6 n’est donc pas limité aux nouveaux projets, programmes et activités. L’article 5 ne fait que décrire les fonctions minimales du ministre en vertu de l’art. 4, lequel est beaucoup plus vaste. C’est là que l’on trouve la véritable gamme des fonctions du ministre en matière de qualité de l’environnement relativement à laquelle des directives peuvent être établies.

Les ministères responsables

Au cœur des moyens invoqués par les ministres appelants est la question de savoir si le *Décret sur les lignes directrices*, de par son libellé, est appli-

Dam project. That question was not addressed by Alberta, and the Ministers concede that the Minister of Transport is an “initiating” department but argue that the *Guidelines Order* is inconsistent with and thus cannot stand with the *Navigable Waters Protection Act*. I have found the two enactments compatible for reasons already given, so there remains no issue between the parties that the provisions of the *Guidelines Order* govern the Minister of Transport. For the Minister of Fisheries and Oceans, it is argued that he is not bound to invoke the *Guidelines Order* in the instant case because he does not have “decision making authority” pursuant to the relevant provisions of the *Fisheries Act*. Because the matter of the *Guidelines Order*’s application was the subject of profound disagreement in the courts below, I feel that it is necessary to first consider the terms of the *Guidelines Order* to construe its general application provisions.

The starting point, in my view, must be s. 6 of the *Guidelines Order* which sets out its governing principle of application. It bears repeating here:

6. These Guidelines shall apply to any proposal

(a) that is to be undertaken directly by an initiating department;

(b) that may have an environmental effect on an area of federal responsibility;

(c) for which the Government of Canada makes a financial commitment; or

(d) that is located on lands, including the offshore, that are administered by the Government of Canada. [Emphasis added.]

There can be no serious doubt that the Oldman River Dam project may have an environmental effect on an area of federal responsibility, including the matters falling within s. 91 of the *Constitution Act, 1867* already identified—i.e., navigation, Indians, lands reserved for the Indians and inland fisheries. Thus, the *Guidelines Order*

cable au projet de construction d’un barrage sur la rivière Oldman. L’Alberta n’a pas soulevé cette question et les ministres reconnaissent que le ministre des Transports est un ministère «responsable» mais ils soutiennent que le *Décret sur les lignes directrices* est incompatible avec la *Loi sur la protection des eaux navigables* et ne peut recevoir application. J’ai conclu que les deux textes sont compatibles pour les motifs déjà énoncés; il n’existe donc plus de controverse entre les parties quant à savoir si le ministre des Transports est régi par les dispositions du *Décret sur les lignes directrices*. En ce qui concerne le ministre des Pêches et des Océans, on soutient qu’il n’est pas tenu d’invoquer l’application du *Décret sur les lignes directrices* en l’espèce parce qu’il n’exerce pas un «pouvoir de décision» conformément aux dispositions pertinentes de la *Loi sur les pêches*. Puisque la question de l’application du *Décret sur les lignes directrices* a donné lieu à un profond désaccord devant les tribunaux d’instance inférieure, j’estime nécessaire d’analyser tout d’abord le *Décret sur les lignes directrices* pour interpréter les dispositions qui en déterminent l’application.

À mon avis, le point de départ est l’art. 6 du *Décret sur les lignes directrices* qui énonce son principe d’application. Il vaut la peine de le reproduire de nouveau:

6. Les présentes lignes directrices s’appliquent aux propositions

a) devant être réalisées directement par un ministère responsable;

b) pouvant avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale;

c) pour lesquelles le gouvernement du Canada s’engage financièrement; ou

d) devant être réalisées sur des terres administrées par le gouvernement du Canada, y compris la haute mer. [Je souligne.]

On ne peut sérieusement mettre en doute que le projet de barrage sur la rivière Oldman peut avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale, notamment les domaines visés par l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* déjà mentionnés, soit la navigation, les Indiens, les terres réservées aux Indiens et les

applies if the project here is a “proposal” within the meaning of s. 2, which defines that term as follows:

2. In these Guidelines,

. . . .

“proposal” includes any initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility. [Emphasis added.]

If there is such a proposal, the *Guidelines Order* under ss. 3 and 10 allocates responsibility for the application of the process to the “initiating department” to ensure that it fully considers the environmental implications of a proposal properly before it and subjects such proposal to an initial assessment to determine whether there may be any potentially adverse environmental effects from it. The entity designated as an “initiating department” is also defined by s. 2. It provides that an:

2. In these Guidelines,

. . . .

“initiating department” means any department that is, on behalf of the Government of Canada, the decision making authority for a proposal; [Emphasis added.]

It has been argued that the definite article “the” in the definition of “initiating department”, as contrasted with the indefinite article “a” used in the definition of “proposal”, may evince an intention to narrow the scope of the application of the *Guidelines Order* to projects where the federal government is the predominant or sole decision-making authority; see for example C. J. Gillespie, “Enforceable Rights from Administrative Guidelines?” (1989-1990), 3 *C.J.A.L.P.* 204. I do not agree. As I see it, the only consequence of shifting from the indefinite in “proposal” to the definite in “initiating department” is to designate the particular emanation of the Government of Canada that is charged with the implementation of the *Guidelines*

pêcheries de l’intérieur. En conséquence, le *Décret sur les lignes directrices* s’applique si le projet en l’espèce constitue une «proposition» au sens de l’art. 2:

2. Les définitions qui suivent s’appliquent aux présentes lignes directrices.

. . . .

«proposition» S’entend en outre de toute entreprise ou activité à l’égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions. [Je souligne.]

Si une telle proposition existe, les art. 3 et 10 du *Décret sur les lignes directrices* confient l’application de la méthode d’évaluation au «ministère responsable», qui doit s’assurer d’une part, d’examiner à fond les répercussions environnementales de toute proposition dont il est saisi et d’autre part, de soumettre cette proposition à une évaluation initiale afin de déterminer la nature des effets néfastes qu’elle peut avoir sur l’environnement. L’article 2 définit aussi l’entité désignée comme «ministère responsable»:

2. Les définitions qui suivent s’appliquent aux présentes lignes directrices.

. . . .

«ministère responsable» Ministère qui, au nom du gouvernement du Canada, exerce le pouvoir de décision à l’égard d’une proposition. [Je souligne.]

On soutient que, dans la version anglaise, l’emploi de l’article défini «the» dans la définition de «*initiating department*», par opposition à l’emploi de l’article indéfini «a» dans la définition du terme «*proposal*», peut indiquer une intention de limiter l’application du *Décret sur les lignes directrices* aux projets sur lesquels le gouvernement fédéral exerce le principal ou le seul pouvoir de décision; voir, par exemple, C. J. Gillespie, «Enforceable Rights from Administrative Guidelines?» (1989-1990), 3 *C.J.A.L.P.* 204. Je ne suis pas d’accord avec cette interprétation. À mon avis, la seule conséquence qu’entraîne le fait de passer de l’emploi de l’article indéfini dans la définition du terme «*proposal*» à celui de l’article défini dans la définition de «*initiating department*» est de désigner de façon précise, une fois établi que le gouverne-

Order once it has been determined that the federal government has a decision-making responsibility.

In *Angus v. Canada*, [1990] 3 F.C. 410 (C.A.), Décary J.A. adopted a similar approach to construing the *Guidelines Order* but in a different context. There the issue was whether the *Guidelines Order* applied to an order in council issued by the Governor in Council under s. 64 of the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.), which required VIA Rail to eliminate or reduce certain passenger services. Although the case turned on the narrow issue of whether the *Guidelines Order* was binding on the Governor in Council, which does not arise here, and Décary J.A. was dissenting on this point, his overall analysis of the application of the *Guidelines Order* is helpful where he stated, at p. 434:

The emphasis has been put by the learned Trial Judge and by the respondents on the words "initiating department" which relate to the administration of the Guidelines. I would rather put the emphasis on the words "proposal" and "Government of Canada", which relate to the "application" of the Guidelines. There is no requirement, in the definition of "proposal", that it be made by an initiating department within the meaning of the Guidelines. The intention of the drafter seems to be that whenever there is an activity that may have an environmental effect on an area of federal responsibility and whoever the decision-maker may be on behalf of the Government of Canada, be it a department, a Minister, the Governor in Council, the Guidelines apply and it then becomes a matter of practical consideration, when the final decision-maker is not a department, to find which department or Minister is the effective original decision-maker or the effective decision-undertaker, for there is always a department or a Minister involved "in the planning process" and "before irrevocable decisions are taken" or in the "direct undertaking" of a proposal.

Since the issue does not arise, I do not wish to comment on the application of the *Guidelines Order* to the Governor in Council, but the forego-

ment fédéral participe à la prise de décisions, l'autorité particulière au sein du gouvernement du Canada qui sera responsable de la mise en œuvre du *Décret sur les lignes directrices*.

Dans l'arrêt *Angus c. Canada*, [1990] 3 C.F. 410 (C.A.), le juge Décary a adopté une analyse similaire relativement à l'interprétation du *Décret sur les lignes directrices*, mais dans un contexte différent. Dans cette affaire, la question en litige était de savoir si le *Décret sur les lignes directrices* s'appliquait à un décret pris par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 64 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. 28 (3^e suppl.), qui ordonnait à VIA Rail d'éliminer ou de réduire certains services voyageurs. Bien que cette affaire ait porté sur la question précise de savoir si le gouverneur en conseil était tenu de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*, ce qui n'est pas soulevé en l'espèce, et que le juge Décary ait été dissident sur ce point, l'analyse globale qu'il fait, à la p. 434, de l'application du *Décret sur les lignes directrices* est utile:

Le juge de première instance et les intimés ont mis l'accent sur les mots «ministère responsable» qui ont trait à l'administration des Lignes directrices. Je mettrais plutôt l'accent sur les mots «proposition» et «gouvernement du Canada» qui ont trait au «champ d'application» des Lignes directrices. Rien n'exige dans la définition du mot «proposition» que celle-ci soit faite par un ministère responsable, au sens des Lignes directrices. L'intention du rédacteur semble être que les Lignes directrices doivent s'appliquer chaque fois qu'une activité peut avoir des répercussions environnementales sur une question de compétence fédérale et quel que soit le preneur de décision au nom du gouvernement, qu'il s'agisse d'un ministère, d'un ministre ou du gouverneur en conseil, et cela devient alors une question purement pratique, lorsque le preneur de décision ultime n'est pas un ministère, de déterminer quel ministère ou ministre est le preneur de décision originel ou celui qui va effectivement mettre la décision à exécution, car il se trouve toujours un ministère ou un ministre qui est présent «à l'étape de planification» et «avant» que ne soient prises «des décisions irrévocables» ou qui voit à la «réalisation directe» de la proposition.

Puisque cette question n'est pas soulevée, je ne vois pas l'intérêt de faire des observations sur l'application au gouverneur en conseil du *Décret sur*

ing passage does capture the essence of its framework.

That is not to say that the *Guidelines Order* is engaged every time a project may have an environmental effect on an area of federal jurisdiction. There must first be a "proposal" which requires an "initiative, undertaking or activity for which the Government of Canada has a decision making responsibility". (Emphasis added.) In my view the proper construction to be placed on the term "responsibility" is that the federal government, having entered the field in a subject matter assigned to it under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, must have an affirmative regulatory duty pursuant to an Act of Parliament which relates to the proposed initiative, undertaking or activity. It cannot have been intended that the *Guidelines Order* would be invoked every time there is some potential environmental effect on a matter of federal jurisdiction. Therefore, "responsibility" within the definition of "proposal" should not be read as connoting matters falling generally within federal jurisdiction. Rather, it is meant to signify a legal duty or obligation. Once such duty exists, it is a matter of identifying the "initiating department" assigned responsibility for its performance, for it then becomes the decision-making authority for the proposal and thus responsible for initiating the process under the *Guidelines Order*.

That there must be an affirmative regulatory duty for a "decision making responsibility" to exist is evident from other provisions found in the *Guidelines Order* which suggest that the initiating department must have some degree of regulatory power over the project. For example s. 12 provides:

12. Every initiating department shall screen or assess each proposal for which it is the decision making authority to determine if

les lignes directrices; toutefois, le passage précité permet de bien saisir l'essence de son application.

Je ne veux pas dire pour autant que le *Décret sur les lignes directrices* reçoit application chaque fois qu'un projet peut comporter des répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. Il doit tout d'abord s'agir d'une «proposition» qui vise une «entreprise ou activité à l'égard de laquelle le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions». (Je souligne.) À mon avis, l'interprétation qu'il faut donner à l'expression «participe à la prise de décisions» est que le gouvernement fédéral, se trouvant dans un domaine relevant de sa compétence en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doit avoir une obligation positive de réglementation en vertu d'une loi fédérale relativement à l'entreprise ou à l'activité proposée. On n'a pas pu vouloir que le *Décret sur les lignes directrices* soit invoqué chaque fois qu'il existe certaines possibilités de répercussions environnementales sur un domaine de compétence fédérale. En conséquence, l'expression «participe à la prise de décisions» dans la définition du terme «proposition» ne devrait pas être interprétée comme ayant trait à des questions relevant généralement de la compétence fédérale. Cette expression signifie plutôt une obligation légale. Si cette obligation existe, il s'agit alors de déterminer qui est le «ministère responsable» en la matière, puisque c'est ce ministère qui exerce le pouvoir de décision à l'égard de la proposition et qui doit donc entamer le processus d'évaluation visé par le *Décret sur les lignes directrices*.

La nécessité d'une obligation positive de réglementation pour que le gouvernement du Canada «participe à la prise de décisions» ressort d'autres dispositions du *Décret sur les lignes directrices*, qui laissent entendre que le ministère responsable doit détenir un certain pouvoir de réglementation sur le projet. Par exemple, l'art. 12 dispose que:

12. Le ministère responsable examine ou évalue chaque proposition à l'égard de laquelle il exerce le pouvoir de décision, afin de déterminer:

(f) the potentially adverse environmental effects that may be caused by the proposal are unacceptable, in which case the proposal shall either be modified and subsequently rescreened or reassessed or be abandoned.

Again, s. 14 reads:

14. Where, in any case, the initiating department determines that mitigation or compensation measures could prevent any of the potentially adverse environmental effects of a proposal from becoming significant, the initiating department shall ensure that such measures are implemented.

Those provisions amplify the regulatory authority with which the Government of Canada must have clothed itself under an Act of Parliament before it will have the requisite decision-making responsibility.

Applying that interpretation to the present case, it will be seen that the Oldman River Dam project qualifies as a proposal for which the Minister of Transport alone is the initiating department. In my view the *Navigable Waters Protection Act* does place an affirmative regulatory duty on the Minister of Transport. Under that Act there is a legislatively entrenched regulatory scheme in place in which the approval of the Minister is required before any work that substantially interferes with navigation may be placed in, upon, over or under, through or across any navigable water. Section 5 gives the Minister the power to impose such terms and conditions as he deems fit on any approval granted, and if those terms are not complied with the Minister may order the owner to remove or alter the work. For these reasons I would hold that this is a "proposal" for which the Minister of Transport is an "initiating department".

There is, however, no equivalent regulatory scheme under the *Fisheries Act* which is applicable to this project. Section 35 prohibits the carrying on of any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat, and s. 40 lends its weight to that prohibition by penal sanction. The Minister of Fisheries and Oceans is given a discretion under s. 37(1) to

f) si les effets néfastes que la proposition peut avoir sur l'environnement sont inacceptables, auquel cas la proposition est soit annulée, soit modifiée et soumise à un nouvel examen ou évaluation initiale.

L'article 14:

14. Le ministère responsable voit à la mise en application de mesures d'atténuation et d'indemnisation, s'il est d'avis que celles-ci peuvent empêcher que les effets néfastes d'une proposition sur l'environnement prennent de l'ampleur.

Ces dispositions amplifient le pouvoir de réglementation que doit avoir le gouvernement du Canada en vertu d'une loi fédérale avant de pouvoir participer à la prise de décisions.

Si on applique cette interprétation à l'espèce, on se rendra compte que le projet de barrage sur la rivière Oldman peut être qualifié de proposition dont le ministre des Transports seul est le ministre responsable. À mon avis, la *Loi sur la protection des eaux navigables* impose une obligation positive de réglementation au ministre des Transports. Cette loi a mis en place un mécanisme de réglementation qui prévoit qu'il est nécessaire d'obtenir l'approbation du ministre avant qu'un ouvrage qui gêne sérieusement la navigation puisse être placé dans des eaux navigables ou sur, sous, au-dessus ou à travers de telles eaux. L'article 5 accorde au ministre le pouvoir de fixer les modalités qu'il juge à propos lorsqu'il approuve un ouvrage; si le propriétaire ne se conforme pas aux modalités, le ministre peut lui ordonner d'enlever l'ouvrage ou de le modifier. Pour ces motifs, je conclurais qu'il s'agit ici d'une «proposition» dont le ministre des Transports est un «ministère responsable».

La *Loi sur les pêches* ne renferme cependant pas de disposition de réglementation équivalente qui serait applicable au projet. L'article 35 interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson, et l'art. 40 assortit cette interdiction d'une sanction pénale. En vertu du par. 37(1), le ministre des Pêches et des Océans

request information from any person who carries on or proposes to carry on any work or undertaking that will or may result in the alteration, disruption or destruction of fish habitat. However, the purpose of making such a request is not to further a regulatory procedure, but is merely to assist the Minister in exercising an *ad hoc* delegated legislative power granted under s. 37(2) to allow an exemption from the general prohibition. That provision reads:

37. . . .

(2) If, after reviewing any material or information provided under subsection (1) and affording the persons who provided it a reasonable opportunity to make representations, the Minister or a person designated by the Minister is of the opinion that an offence under subsection 40(1) or (2) is being or is likely to be committed, the Minister or a person designated by the Minister may, by order, subject to regulations made pursuant to paragraph (3)(b), or, if there are no such regulations in force, with the approval of the Governor in Council,

(a) require such modifications or additions to the work or undertaking or such modifications to any plans, specifications, procedures or schedules relating thereto as the Minister or a person designated by the Minister considers necessary in the circumstances, or

(b) restrict the operation of the work or undertaking,

and, with the approval of the Governor in Council in any case, direct the closing of the work or undertaking for such period as the Minister or a person designated by the Minister considers necessary in the circumstances. [Emphasis added.]

In my view a discretionary power to request or not to request information to assist a Minister in the exercise of a legislative function does not constitute a decision-making responsibility within the meaning of the *Guidelines Order*. Whereas the Minister of Transport is responsible under the terms of the *Navigable Waters Protection Act* in his capacity as regulator, the Minister of Fisheries and Oceans under s. 37 of the *Fisheries Act* has been given a limited *ad hoc* legislative power which does not constitute an affirmative regulatory duty. For that reason, I do not think the application

peut demander des renseignements à quiconque exploite ou se propose d'exploiter des ouvrages ou entreprises de nature à entraîner la détérioration, la perturbation ou la destruction de l'habitat du poisson. Toutefois, cette demande n'a pas pour objet la mise en œuvre d'une procédure de réglementation; elle aide simplement le ministre à exercer le pouvoir législatif spécial, qui lui a été délégué en vertu du par. 37(2), d'autoriser une exception à l'interdiction générale. En voici le libellé:

37. . . .

(2) Si, après examen des documents et des renseignements reçus et après avoir accordé aux personnes qui les lui ont fournis la possibilité de lui présenter leurs observations, il est d'avis qu'il y a infraction ou risque d'infraction au paragraphe 35(1) ou à l'article 36, le ministre ou son délégué peut, par arrêté et sous réserve des règlements d'application de l'alinéa (3)b) ou, à défaut, avec l'approbation du gouverneur en conseil:

a) soit exiger que soient apportées les modifications et adjonctions aux ouvrages ou entreprises, ou aux documents s'y rapportant, qu'il estime nécessaires dans les circonstances;

b) soit restreindre l'exploitation de l'ouvrage ou de l'entreprise.

Il peut en outre, avec l'approbation du gouverneur en conseil dans tous les cas, ordonner la fermeture de l'ouvrage ou de l'entreprise pour la période qu'il juge nécessaire en l'occurrence. [Je souligne.]

À mon avis, le fait que le ministre possède le pouvoir discrétionnaire de demander des renseignements visant à l'aider dans l'exercice d'une fonction législative ne signifie pas qu'il participe à la prise de décisions au sens du *Décret sur les lignes directrices*. Alors que le ministre des Transports a une responsabilité en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* à titre d'autorité réglementante, le ministre des Pêches et des Océans a, en vertu de l'art. 37 de la *Loi sur les pêches*, un pouvoir législatif spécial limité qui ne constitue pas une obligation positive de réglemen-

for mandamus to compel the Minister to act is well founded.

Crown Immunity

Alberta takes the position that even if the *Guidelines Order* could be said to apply to the project in its own terms, the Crown in right of Alberta is not bound by the *Navigable Waters Protection Act* and hence there can be no “decision making responsibility” on the part of the Government of Canada within the meaning of the *Guidelines Order* which could affect the province. The appellant Ministers agree that the Act is not binding on the Crown in right of a province, but argue that Alberta has waived its immunity by making application for approval under the Act.

The starting point on this issue is s. 17 of the *Interpretation Act* which codifies the presumption that the Crown is not bound by statute:

17. No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, except as mentioned or referred to in the enactment.

It is agreed by all concerned that there are no express words in the *Navigable Waters Protection Act* binding the Crown, and it therefore remains to be decided whether the Crown is bound by necessary implication.

It is helpful to turn first to the common law. The leading case is the Privy Council decision in *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58. The issue there was whether the province of Bombay was exempt from the *City of Bombay Municipal Act*, 1888, which conferred power on the city to lay water-mains “into, through or under any land whatsoever within the city”. The province owned land under which it was proposed to lay a water-main and it objected to the city's plans, unless the city complied with certain conditions which the city found unacceptable. Although there were no express words in the statute binding the Crown, the High Court of Bombay held that the Crown was bound by necessary implication

tation. Pour ce motif, je ne crois pas que la demande de bref de *mandamus* visant à forcer le ministre à agir soit bien fondée.

^a L'immunité de la Couronne

Selon l'Alberta, même si on pouvait dire que le *Décret sur les lignes directrices* s'applique de lui-même au projet, la Couronne du chef de l'Alberta n'est pas liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Dès lors, la participation «à la prise de décisions», au sens du *Décret sur les lignes directrices*, par le gouvernement du Canada, ne saurait avoir une incidence sur la province. Les ministres appelants conviennent que la Loi ne lie pas la Couronne du chef d'une province, mais prétendent que l'Alberta a renoncé à cette immunité en présentant une demande d'approbation en vertu de la Loi.

^d Le point de départ de cet argument est l'art. 17 de la *Loi d'interprétation* qui codifie la présomption que la Couronne n'est pas liée par un texte législatif.

^e 17. Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives.

^f Toutes les parties intéressées reconnaissent que la *Loi sur la protection des eaux navigables* ne prévoit pas expressément qu'elle lie la Couronne; il reste donc à déterminer si la Couronne est liée par déduction nécessaire.

^g Il est utile d'examiner tout d'abord la situation en common law. L'arrêt de principe en la matière est *Province of Bombay c. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58, rendu par le Conseil privé. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si la province de Bombay était exemptée de l'application de la *City of Bombay Municipal Act*, 1888, laquelle conférait à la ville le pouvoir d'installer des conduites d'eau [TRADUCTION] «sur, à travers ou sous tout bien-fonds situé à l'intérieur des limites de la ville». La province était propriétaire d'un bien-fonds sous lequel on se proposait d'installer une conduite d'eau et elle s'opposait aux plans de la ville, sauf si celle-ci acceptait de se conformer à certaines conditions, jugées inaccep-

because the statute “cannot operate with reasonable efficiency unless the Crown is bound”.

The Privy Council agreed that the rule of Crown immunity admitted of at least one exception, necessary implication. Lord du Parc explained the exception as follows, at p. 61:

If, that is to say, it is manifest from the very terms of the statute, that it was the intention of the legislature that the Crown should be bound, then the result is the same as if the Crown had been expressly named. It must then be inferred that the Crown, by assenting to the law, agreed to be bound by its provisions.

Their Lordships then went on to consider the argument, supported by some early authority, that a statute enacted for the public good must be held to bind the Crown, because the Act was manifestly intended to secure the public welfare. That contention was rejected on the simple ground that all statutes are presumptively for the public good. That, however, did not necessarily mean that the purpose of an enactment is altogether irrelevant. At page 63, it is stated:

Their Lordships prefer to say that the apparent purpose of the statute is one element, and may be an important element, to be considered when an intention to bind the Crown is alleged. If it can be affirmed that, at the time when the statute was passed and received the royal sanction, it was apparent from its terms that its beneficent purpose must be wholly frustrated unless the Crown were bound, then it may be inferred that the Crown has agreed to be bound.

As I mentioned in *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015, at p. 1022, some doubt was expressed in *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, and *Her Majesty in right of Alberta v. Canadian Transport Commission*, [1978] 1 S.C.R. 61 (cf. *R. v. Ouellette*, [1980] 1 S.C.R. 568), as to whether the necessary implication exception survived the 1967 revision of what is now s. 17 of the *Interpretation Act*. There may also have been room for doubt as

tables par la ville. Même si le texte législatif ne renfermait pas de dispositions expresses liant la Couronne, la Haute Cour de Bombay a statué que la Couronne était liée par déduction nécessaire parce que la loi [TRADUCTION] «ne peut avoir une efficacité raisonnable si elle ne lie pas la Couronne».

Le Conseil privé a reconnu que la règle de l'immunité de la Couronne souffre au moins une exception, la déduction nécessaire. Lord du Parc explique cette exception, à la p. 61:

[TRADUCTION] C'est-à-dire que, s'il ressort du texte même de la Loi que le législateur entendait lier la Couronne, le résultat est le même que si cette dernière était expressément mentionnée. Il faut donc en déduire que la Couronne, en promulguant la loi, a accepté d'être liée par ses dispositions.

Leurs Seigneuries ont ensuite analysé l'argument, fondé sur une jurisprudence antérieure, qu'une loi adoptée pour le bien public doit recevoir une interprétation qui lie la Couronne parce que cette loi vise manifestement à garantir le bien-être public. Cette prétention a été rejetée pour le simple motif que toutes les lois sont présumées être adoptées pour le bien public. Toutefois, cela ne signifiait pas nécessairement que l'objet d'un texte législatif ne présente aucune pertinence (à la p. 63):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries préfèrent dire que l'objet apparent de la loi constitue un élément, et peut être un élément important, à examiner lorsque l'on prétend que l'intention était de lier la Couronne. Si l'on peut affirmer qu'au moment où la Loi a été adoptée et a reçu la sanction royale, il ressortait clairement de son texte qu'elle serait privée de toute efficacité si elle ne liait pas la Couronne, on peut déduire que la Couronne a accepté d'être liée.

Comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Sparling c. Québec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015, à la p. 1022, certains doutes ont été exprimés dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, et dans l'arrêt *Sa Majesté du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61 (cf. *R. c. Ouellette*, [1980] 1 R.C.S. 568), quant à savoir si l'exception de la déduction nécessaire survivait à la révision de ce qui est

to whether the “wholly frustrated” test articulated in *Bombay* was determinative in finding the Crown bound by necessary implication. Professor Hogg in his text *Liability of the Crown* (2nd ed. 1989), argues that the necessary implication exception set out at the beginning of *Bombay* refers to a contextual analysis of the statute whereby one may discern an intention to bind the Crown by logical implication, and is thus a different species of necessary implication from that which arises when the purpose of the statute is wholly frustrated. He states, at p. 210:

What is contemplated in this passage is that a statute, while lacking an express statement that the Crown is bound, may contain references to the Crown or to governmental activity which make no sense unless the Crown is bound. If these textual indications are sufficiently clear, the courts will hold that the presumption is rebutted and the Crown is bound.

However, any uncertainty in the law on these points was put to rest by this Court’s recent decision in *Alberta Government Telephones*, *supra*. After reviewing the authorities, Dickson C.J. concluded, at p. 281:

In my view, in light of *PWA* and *Eldorado*, the scope of the words “mentioned or referred to” must be given an interpretation independent of the supplanted common law. However, the qualifications in *Bombay*, *supra*, are based on sound principles of interpretation which have not entirely disappeared over time. It seems to me that the words “mentioned or referred to” in s. 16 [now s. 17 of the *Interpretation Act*] are capable of encompassing: (1) expressly binding words (“Her Majesty is bound”); (2) a clear intention to bind which, in *Bombay* terminology, “is manifest from the very terms of the statute”, in other words, an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions, as in *Ouellette*, *supra*; and, (3) an intention to bind where the purpose of the statute would be “wholly frustrated” if the government were not bound, or, in other words, if an absurdity (as opposed to simply an undesirable result) were produced. These three points should provide a

maintenant l’art. 17 de la *Loi d’interprétation*, effectuée en 1967. On aurait également pu se demander si le critère de l’absence de toute efficacité de la loi énoncé dans l’arrêt *Bombay* était déterminant dans la décision que la Couronne était liée par déduction nécessaire. Le professeur Hogg dans son ouvrage intitulé *Liability of the Crown* (2^e éd. 1989) soutient que l’exception de la déduction nécessaire énoncée au début de l’arrêt *Bombay* renvoie à une analyse contextuelle de la loi au terme de laquelle on peut dégager une intention de lier la Couronne par déduction logique; il s’agit donc là d’une espèce différente de déduction nécessaire de celle qui existe lorsque l’objet de la loi serait privé de toute efficacité. Il affirme à la p. 210:

[TRADUCTION] Ce qui est envisagé dans ce passage est qu’une loi, en l’absence de termes qui lient expressément la Couronne, peut contenir des renvois à la Couronne ou à une activité gouvernementale, qui n’auraient aucun sens sauf si la Couronne était liée. Si ces indications dans le texte sont suffisamment claires, les tribunaux concluront que la présomption a été réfutée et que la Couronne est liée.

Toutefois, notre Cour a dissipé toute incertitude quant à la situation du droit dans l’arrêt récent *Alberta Government Telephones*, précité. Après une analyse de la jurisprudence, le juge en chef Dickson conclut à la p. 281:

À mon avis, compte tenu des affaires *PWA* et *Eldorado*, la portée des termes «mentionnée ou prévue» doit s’interpréter indépendamment de la règle de *common law* supplannée. Toutefois, les réserves exprimées dans l’arrêt *Bombay*, précité, sont fondées sur de bons principes d’interprétation que le temps n’a pas complètement effacés. Il me semble que les termes «mentionnée ou prévue» contenus à l’art. 16 [maintenant l’art. 17 de la *Loi d’interprétation*] peuvent comprendre: (1) des termes qui lient expressément la Couronne («Sa Majesté est liée»); (2) une intention claire de lier qui, selon les termes de l’arrêt *Bombay*, «ressort du texte même de la loi», en d’autres termes, une intention qui ressort lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d’autres dispositions, comme dans l’arrêt *Ouellette*, précité; et (3) une intention de lier lorsque l’objet de la loi serait «privé [...] de toute efficacité» si l’État n’était pas lié ou, en d’autres termes, s’il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité). Ces trois éléments devraient servir de guide lors-

guideline for when a statute has clearly conveyed an intention to bind the Crown.

In my view, this passage makes it abundantly clear that a contextual analysis of a statute may reveal an intention to bind the Crown if one is irresistibly drawn to that conclusion through logical inference.

That analysis however cannot be made in a vacuum. Accordingly, the relevant “context” should not be too narrowly construed. Rather the context must include the circumstances which led to the enactment of the statute and the mischief to which it was directed. This view is consistent with the reasoning in *Bombay* as is evident from the passages quoted above where the test for necessary implication is expressed in terms of the time of enactment. In fact the approach taken by the High Court of Bombay in that case was criticized by the Privy Council for that very reason, at p. 62:

Even if the High Court were correct in its interpretation of the principle, its method of applying it would be open to the objection that regard should have been had, not to the conditions which it found to be in existence many years after the passing of the Act, but to the state of things which existed, or could be shown to have been within the contemplation of the legislature, in the year 1888.

I begin then by examining the circumstances that existed when the legislation was first enacted, bearing in mind that the general subject matter of the statute concerns navigation.

In so doing, it is useful to return to some of the fundamental principles of water law in this area, particularly those pertaining to navigable waters. It is important to recall that the law of navigation in Canada has two fundamental dimensions—the ancient common law public right of navigation and the constitutional authority over the subject matter of navigation—both of which are necessarily inter-related by virtue of s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* which assigns exclusive legislative authority over navigation to Parliament.

qu’une loi comporte clairement une intention de lier la Couronne.

À mon avis, ce passage fait clairement ressortir qu’une analyse du contexte d’une loi peut révéler une intention de lier la Couronne si cette conclusion s’impose immanquablement par déduction logique.

On ne doit cependant pas effectuer cette analyse dans l’abstrait. En conséquence, il ne faudrait pas interpréter le «contexte» pertinent de façon trop restreinte. Le contexte doit plutôt englober les circonstances qui ont donné lieu à l’adoption de la loi et la situation qu’elle voulait corriger. Ce point de vue est compatible avec le raisonnement énoncé dans l’arrêt *Bombay* comme l’indiquent les passages susmentionnés dans lesquels le critère de la déduction nécessaire est exprimé par rapport au moment de l’adoption de la loi. En fait, l’analyse adoptée par la Haute Cour de Bombay a été critiquée par le Conseil privé pour ce motif même, à la p. 62:

[TRADUCTION] Même si la Haute Cour a interprété correctement le principe, sa façon de l’appliquer permet de soulever l’objection qu’elle aurait dû tenir compte non pas des conditions qui ont existé pendant de nombreuses années après l’adoption de la Loi, mais de l’état de chose qui existait en 1888 ou que la législature aurait pu prévoir.

J’examinerai tout d’abord les circonstances qui existaient au moment de l’adoption de la loi, en tenant compte du fait que le sujet général de la loi porte sur la navigation.

Ce faisant, il est utile de passer en revue certains des principes fondamentaux du droit maritime dans ce domaine, notamment ceux qui se rapportent aux eaux navigables. Il importe de se rappeler que le droit de la navigation au Canada comporte deux dimensions fondamentales—l’ancien droit public de navigation de la common law et la compétence constitutionnelle sur la navigation—qui sont nécessairement interdépendantes en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui confère au Parlement une compétence législative exclusive sur la navigation.

The common law of England has long been that the public has a right to navigate in tidal waters, but though non-tidal waters may be navigable in fact the public has no right to navigate in them, subject to certain exceptions not material here. Except in the Atlantic provinces, where different considerations may well apply, in Canada the distinction between tidal and non-tidal waters was abandoned long ago; see *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 S.C.R. 444; for a summary of the cases, see my book on *Water Law in Canada* (1973), at pp. 178-80. Instead the rule is that if waters are navigable in fact, whether or not the waters are tidal or non-tidal, the public right of navigation exists. That is the case in Alberta where the Appellate Division of the Supreme Court, applying the *North-West Territories Act*, R.S.C. 1886, c. 50, rightly held in *Flewelling v. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, that the English rule was not suitable to the conditions of the province. There is no issue between the parties that the Oldman River is in fact navigable.

The nature of the public right of navigation has been the subject of considerable judicial comment over time, but certain principles have held fast. First, the right of navigation is not a property right, but simply a public right of way; see *Orr Ewing v. Colquhoun* (1877), 2 App. Cas. 839 (H.L.), at p. 846. It is not an absolute right, but must be exercised reasonably so as not to interfere with the equal rights of others. Of particular significance for this case is that the right of navigation is paramount to the rights of the owner of the bed, even when the owner is the Crown. For example, in *Attorney-General v. Johnson* (1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240, a relator action to enjoin a public nuisance causing an obstruction in the River Thames and an adjoining thoroughfare along its bank, the Lord Chancellor said, at p. 246:

I consider it to be quite immaterial whether the title to the soil between high and low water-mark be in the

La common law d'Angleterre prévoit depuis longtemps que le public a un droit de navigation dans les eaux de marée; toutefois, bien que les eaux sans marée puissent être navigables, le public n'a pas le droit d'y naviguer, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce. Au Canada, la distinction entre les eaux de marée et les eaux sans marée a été abandonnée il y a longtemps, sauf dans les provinces de l'Atlantique où des considérations différentes pourraient bien s'appliquer; voir l'arrêt *In Re Provincial Fisheries* (1896), 26 R.C.S. 444; pour un sommaire des arrêts applicables, voir mon ouvrage intitulé *Water Law in Canada* (1973), aux pp. 178 à 180. La règle est plutôt la suivante: si les eaux sont navigables, que ce soient des eaux de marée ou sans marée, il existe un droit public de navigation. C'est le cas en Alberta où la Division d'appel de la Cour suprême, dans l'application de l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, ch. 50, a à bon droit statué dans l'arrêt *Flewelling c. Johnston* (1921), 59 D.L.R. 419, que la règle anglaise ne pouvait être appliquée à la province. Les parties ne contestent pas que la rivière Oldman est en fait navigable.

La nature du droit public de navigation a donné lieu à beaucoup de jurisprudence au cours des années, mais certains principes sont toujours valables. Premièrement, le droit de navigation n'est pas un droit de propriété, mais simplement un droit public de passage; voir l'arrêt *Orr Ewing c. Colquhoun* (1877), 2 App. Cas. 839 (H.L.), à la p. 846. Ce n'est pas un droit absolu, mais il doit être exercé d'une façon raisonnable de manière à ne pas empiéter sur les droits équivalents des autres. Il est tout particulièrement important en l'espèce de préciser que le droit de navigation l'emporte sur les droits du propriétaire du lit, même si le propriétaire est la Couronne. Par exemple, dans l'arrêt *Attorney-General c. Johnson* (1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240, concernant l'action d'une partie civile visant à éliminer une nuisance publique causant une obstruction dans la Tamise et sur une voie publique le long de la rive, le lord chancelier dit à la p. 246:

[TRADUCTION] J'estime qu'il n'est aucunement pertinent que le titre de propriété du sol entre la laisse des hautes

Crown, or in the City of *London*, or whether the City of *London* has the right of conservancy, operating as a check on an improper use of the soil, the title being in the Crown, or whether either Lord *Grosvenor* or Mr. *Johnson* have any derivative title by grant from any one having the power to grant. . . . It is my present opinion, that the Crown has not the right either itself to use its title to the soil between high and low water-mark as a nuisance, or to place upon that soil what will be a nuisance to the Crown's subjects. If the Crown has not such a right, it could not give it to the City of *London*, nor could the City transfer it to any other person.

This Court later came to the same conclusion in *Wood v. Esson* (1884), 9 S.C.R. 239. There, the plaintiffs had extended their wharf so as to interfere with access to the defendant's wharf. The defendant pulled up the piles and removed the obstruction to allow passage to his wharf, and the plaintiffs then brought an action in trespass on the ground that they enjoyed title under a grant from the province of Nova Scotia to the soil of the harbour on which the wharf was constructed. The Court held that the defendant was entitled to abate the nuisance created by the obstruction to navigation in the harbour. Strong J. remarked, at p. 243:

The title to the soil did not authorize the plaintiffs to, extend their wharf so as to be a public nuisance, which upon the evidence, such an obstruction of the harbour amounted to, for the Crown cannot grant the right so to obstruct navigable waters; nothing short of legislative sanction can take from anything which hinders navigation the character of a nuisance. [Emphasis added.]

This passage also underscores another aspect of the paramountcy of the public right of navigation—that it can only be modified or extinguished by an authorizing statute, and as such a Crown grant of land of itself does not and cannot confer a right to interfere with navigation; see also *The Queen v. Fisher* (1891), 2 Ex. C.R. 365; *In Re Provincial Fisheries*, *supra*, at p. 549, *per* Girouard J.; and *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200.

eaux et celle des basses eaux appartienne à la Couronne ou à la ville de *Londres*, ou que la ville de *Londres* possède le droit d'administration, permettant ainsi de surveiller toute utilisation incorrecte du sol lorsque la Couronne en détient le titre, ou que lord *Grosvenor* ou M. *Johnson* possède un titre dérivé obtenu par concession de quiconque a le pouvoir de le faire [. . .] À mon avis, la Couronne n'a pas le droit de créer une nuisance lorsqu'elle utilise son droit de propriété du terrain situé entre la laisse des basses eaux et celle des hautes eaux ou de placer sur ce terrain quelque chose qui constituera une nuisance pour les sujets de la Couronne. Si la Couronne ne possède pas ce droit, elle ne pouvait pas l'accorder à la ville de *Londres*, et la ville de *Londres* ne pouvait pas le transférer à qui ce soit.

Notre Cour est arrivée à la même conclusion dans l'arrêt *Wood c. Esson* (1884), 9 R.C.S. 239. Dans cette affaire, les demandeurs avaient allongé leur quai et entravaient ainsi l'accès au quai du défendeur. Celui-ci fit enlever la partie des travaux qui obstruait l'accès à son quai; les demandeurs ont ensuite intenté une poursuite pour violation de propriété au motif qu'ils jouissaient, en vertu d'une concession par la province de la Nouvelle-Écosse, du titre de propriété du sol à l'endroit dans le port où le quai était construit. La Cour a statué que le défendeur avait le droit d'éliminer l'obstacle créé par l'obstruction à la navigation dans le port. Le juge Strong indique à la p. 243:

[TRADUCTION] Le titre de propriété du sol n'autorisait pas les demandeurs à allonger leur quai de façon à créer une nuisance publique qui, selon la preuve, constituait une obstruction à la navigation dans le port car la Couronne ne peut concéder le droit d'entraver ainsi les eaux navigables; seule une loi peut déterminer que quelque chose qui gêne la navigation n'est pas une nuisance. [Je souligne.]

Ce passage fait également ressortir un autre aspect de la suprématie du droit public de navigation: ce droit ne peut être modifié ou éteint que par une loi habilitante, et la concession d'un bien-fonds par la Couronne ne peut conférer le droit de gêner la navigation; voir aussi les arrêts *The Queen c. Fisher* (1891), 2 Ex. C.R. 365; *In Re Provincial Fisheries*, précité, à la p. 549, le juge Girouard; et *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200.

What is more, the provinces are constitutionally incapable of enacting legislation authorizing an interference with navigation, since s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867* gives Parliament exclusive jurisdiction to legislate respecting navigation. That was made clear by this Court in *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222, where an injunction was sought to restrain the defendant company from erecting piers and booms in the Queddy River in New Brunswick. The defendant relied on its constituent legislation, passed by the provincial legislature, which permitted a certain degree of interference with navigation. The only issue before the Court was the authority of the legislature to pass the Act incorporating the defendant. Ritchie C.J. concluded, at p. 232:

... the legal question in this case, which is, to which legislative power, that of the Dominion Parliament or the Assembly of *New Brunswick*, belongs the right to authorize the obstruction by piers or booms of a public tidal and navigable river, and thereby injuriously interfere with and abridge the public right of navigation in such tidal navigable waters. It is not disputed that this legislation interfered with the navigation of the river ...

I think there can be no doubt that the legislative control of navigable waters, such as are in question in this case, belongs exclusively to the Dominion Parliament. Everything connected with navigation and shipping seems to have been carefully confided to the Dominion Parliament, by the B.N.A. Act.

These cases served as an impetus for the enactment of what ultimately became the *Navigable Waters Protection Act*. Of relevance here is the enactment of one of the antecedent pieces of legislation—*An Act respecting booms and other works constructed in navigable waters whether under the authority of Provincial Acts or otherwise*, S.C. 1883, c. 43—preceding the consolidated Act which was to govern all aspects of the protection of navigable waters. Section 1 provided:

1. No boom, dam or aboiteau shall be constructed whether under the authority of an Act of a Legislature of a Province of Canada, or under the authority of an Ordi-

Par ailleurs, les provinces ne sont pas habilitées, sur le plan constitutionnel, à adopter une loi autorisant l'établissement d'un obstacle à la navigation puisque le par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement une compétence législative exclusive sur la navigation. Notre Cour a clairement établi ce point dans l'arrêt *Queddy River Driving Boom Co. c. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222. Dans cette affaire, le demandeur cherchait à obtenir une injonction visant à empêcher la société défenderesse de construire des jetées et des estacades dans la rivière Queddy au Nouveau-Brunswick. La défenderesse invoquait sa loi habilitante, adoptée par la législature provinciale, qui autorisait certaines entraves à la navigation. La seule question en litige devant la Cour était le pouvoir de la législature provinciale d'adopter la loi constitutive de la défenderesse. Le juge en chef Ritchie conclut, à la p. 232:

[TRADUCTION] ... la question juridique dans cette affaire, savoir qui du Parlement du Dominion ou de l'Assemblée législative du *Nouveau-Brunswick* possède le pouvoir législatif d'autoriser l'obstruction, au moyen de jetées et d'estacades, d'une rivière à marée publique et navigable portant ainsi gravement atteinte au droit public de navigation dans ces eaux. Il n'est pas contesté en l'espèce que la loi gênait la navigation dans la rivière

...

Je crois qu'il ne fait aucun doute que c'est le Parlement du Dominion qui a la compétence législative exclusive sur les eaux navigables, comme celles visées en l'espèce. Tout ce qui touche la navigation et les expéditions par eau semble avoir été soigneusement conféré au Parlement du Dominion par l'A.A.N.B.

Ces arrêts ont donné lieu à l'adoption de textes législatifs qui ont finalement abouti à la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Il est pertinent ici de mentionner l'un des textes législatifs—l'*Acte concernant les bômes et autres ouvrages établis en eaux navigables soit sous l'autorité d'actes provinciaux soit autrement*, S.C. 1883, ch. 43—qui a précédé la Loi codifiée qui devait régir tous les aspects de la protection des eaux navigables. L'article premier dispose que:

1. Aucun bôme, barrage ou aboiteau ne sera établi soit sous l'autorité d'un acte rendu par une législature provinciale du Canada, soit sous l'autorité d'une ordon-

nance of the North-West Territories or of the District of Keewatin or otherwise, so as to interfere with navigation, unless the site thereof has been approved, and unless the boom, dam or aboiteau has been built and is maintained in accordance with plans approved by the Governor General in Council.

The Act also provided a means whereby existing structures which interfered with navigation, and thus created a public nuisance, could be legalized by seeking approval from the Governor General in Council.

That statute was but one enactment in which Parliament exercised its jurisdiction to prevent the erection or continuation of impediments to navigation. It had already legislated, *inter alia*, in respect of bridges (*An Act respecting Bridges over navigable waters, constructed under the authority of Provincial Acts*, S.C. 1882, c. 37); the removal of obstructions and wrecks from navigable waters (*An Act for the removal of obstructions, by wreck and like causes, in Navigable Waters of Canada, and other purposes relative to wrecks*, S.C. 1874, c. 29); and effluent from sawmills into navigable waters (*An Act for the better protection of Navigable Streams and Rivers*, S.C. 1873, c. 65).

The consolidation process began with the passage of *An Act respecting certain works constructed in or over Navigable Waters*, S.C. 1886, c. 35, dealing with construction of any “work” in navigable waters, and its companion legislation *An Act respecting the protection of Navigable Waters*, S.C. 1886, c. 36, concerning obstruction of navigable waters by wrecks. Section 1 of the former compendiously defined the term “work” to mean:

1. In this Act, unless the context otherwise requires, the expression “work” means and includes any bridge, boom, dam, aboiteau, wharf, dock, pier or other structure, and the approaches or other works necessary or appurtenant thereto; . . .

The definition was far more comprehensive in scope than its predecessors, and this aspect of the

nance des Territoires du Nord-Ouest ou du District de Kéwatin, ou autrement, de manière à gêner la navigation, à moins que l'emplacement n'en ait été approuvé, —et que l'ouvrage n'ait été construit et ne soit maintenu en état conformément à des plans qui auront été approuvés—par le Gouverneur général en conseil.

La Loi prévoyait aussi que les ouvrages existants qui gênaient la navigation, créant ainsi une nuisance publique, pouvaient être légalisés s'ils étaient approuvés par le gouverneur général en conseil.

Cette loi n'est qu'un des textes où le Parlement a exercé sa compétence pour empêcher la construction ou la continuation d'obstacles à la navigation. Il avait déjà notamment légiféré à l'égard des ponts (*Acte concernant les ponts établis en vertu d'actes provinciaux sur des eaux navigables*, S.C. 1882, ch. 37), de l'enlèvement d'obstructions et d'épaves dans les rivières navigables (*Acte pour pourvoir à l'enlèvement d'obstructions provenant de naufrages et autres causes semblables dans les rivières navigables du Canada, et pour d'autres objets relatifs aux naufrages*, S.C. 1874, ch. 29) et des effluents des moulins à scie dans les eaux navigables (*Acte à l'effet de mieux protéger les cours d'eau et rivières navigables*, S.C. 1873, ch. 65).

La codification a commencé avec l'adoption d'un *Acte concernant certaines constructions dans et sur les eaux navigables*, S.C. 1886, ch. 35, ayant trait à la construction de tout «ouvrage» dans les eaux navigables et de la loi d'accompagnement intitulée *Acte concernant la protection des eaux navigables*, S.C. 1886, ch. 36, portant sur les obstructions provenant de naufrages dans les eaux navigables. L'article premier de l'*Acte concernant certaines constructions dans et sur les eaux navigables* définissait succinctement le terme «ouvrage»:

1. Dans le présent acte, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente, l'expression «ouvrage» signifie et comprend tout pont, estacade, barrage, aboiteau, quai, dock, jetée, pilier ou autre construction, et leurs approches ou avenues et autres travaux nécessaires ou s'y rattachant; . . .

Cette définition était beaucoup plus large que celles qui l'ont précédée et cet aspect de la loi, con-

law, coupled with the requirement for approval from the Governor in Council of all such works, caused considerable consternation at the time as to the breadth of its potential retrospective effect for existing structures erected in navigable waters. ^a

However, the statute was merely declaratory of the common law. To the extent that a structure interfered with the public right of navigation, it was a public nuisance, and the provinces were constitutionally powerless to authorize an interference of that nature. The retrospective effect of the law with respect to works built under the statutory authority of a provincial legislature, however, only went back as far as the time the province joined Confederation. Section 7 provided:

7. Nothing hereinbefore contained, except the provisions of the first and fifth sections hereof, shall apply to any work constructed under the authority of any Act of the Parliament of Canada, or of the legislature of the late Province of Canada, or of the legislature of any Province now forming part of Canada, passed before such Province became a part thereof. ^e

Thus, no permission would be required for a work authorized by the legislature of a province before it joined Canada. That is because the province would then have had the constitutional jurisdiction to authorize the work. Similarly, the Act did not apply to works constructed under any other Act of Parliament so that it was clear which Act governed. Parliament had already passed legislation authorizing certain works of that nature; see for example *An Act to authorize the Corporation of the Town of Emerson to construct a Free Passenger and Traffic Bridge over the Red River in the Province of Manitoba*, S.C. 1880, c. 44. ^f

The 1886 Acts were re-enacted in R.S.C. 1886, cc. 91 and 92, and consolidated in R.S.C. 1906, c. 115, when they were given the short title *Navigable Waters' Protection Act*. The Act has remained substantially the same since. In particular, s. 7 of c. 35 of the 1886 statute has remained ^g

jugué à la nécessité de faire approuver tous les ouvrages par le gouverneur en conseil, a causé une grande consternation à l'époque concernant l'ampleur de son effet rétroactif possible à l'égard des structures existantes construites dans les eaux navigables. ^a

Toutefois, la loi constituait simplement une déclaration de la situation en common law. Dans la mesure où une structure portait atteinte au droit public de navigation, elle constituait une nuisance publique et les provinces n'étaient pas habilitées sur le plan constitutionnel à autoriser l'établissement d'un obstacle de cette nature. Toutefois, en ce qui concerne les ouvrages construits sous l'autorité d'un acte de la législature d'une province, la loi avait un effet rétroactif qui ne remontait pas au delà de la date d'adhésion de la province à la Confédération. ^d

7. Rien de contenu ci-dessus, excepté les dispositions du premier et du cinquième articles, ne s'appliquera à aucun ouvrage construit sous l'autorité d'un acte du parlement du Canada, ou de la législature de la ci-devant province du Canada, ou de la législature d'aucune des provinces formant actuellement partie du Canada, passé avant que cette province en soit devenue partie. ^e

En conséquence, il n'était pas nécessaire de faire approuver un ouvrage autorisé par la législature d'une province avant que celle-ci ne fasse partie du Canada puisque la province était alors habilitée sur le plan constitutionnel à autoriser la construction de l'ouvrage en question. La Loi n'était pas non plus applicable aux ouvrages construits en vertu d'une autre loi du Parlement; on savait donc clairement quel acte était applicable. Le Parlement avait déjà adopté un texte législatif autorisant certains ouvrages de cette nature; voir, par exemple, l'*Acte à l'effet d'autoriser la corporation de la ville d'Emerson à construire un pont libre pour les voyageurs et le trafic sur la rivière Rouge, dans la province du Manitoba*, S.C. 1880, ch. 44. ^f

Les Actes de 1886 furent adoptés de nouveau dans les S.R.C. de 1886, ch. 91 et 92, et codifiés dans les S.R.C. de 1906, ch. 115, où ils reçurent le titre abrégé de *Loi de la protection des eaux navigables*. Cette loi est demeurée pratiquement inchangée depuis. Plus particulièrement, l'art. 7 du ^g

materially unaltered, and is now found in s. 4 of the present Act. It was this provision that the Court of Appeal relied upon to find that the Crown in right of Alberta was bound by necessary implication. I agree with this position. By expressly excepting from the operation of the Act works authorized by Parliament since Confederation and by pre-Confederation provincial legislatures, at a time these bodies had power to interfere with navigation, the statute by necessary implication must be taken to provide that post-Confederation works undertaken by the provinces are subject to the Act. There are, however, even more fundamental considerations that lead to the view that the conclusion arrived at by the Court of Appeal was correct. To these I now turn.

In my view, the circumstances surrounding the passage of the legislation, informing as they must the context of the statute, do lead to the logical inference that the Crown in right of a province is bound by the Act by necessary implication. Neither the Crown nor a grantee of the Crown may interfere with the public right of navigation without legislative authorization. The proprietary right the Crown in right of Alberta may have in the bed of the Oldman River is subject to that right of navigation, legislative jurisdiction over which has been exclusively vested in Parliament. Parliament has entered the field principally through the passage of the *Navigable Waters Protection Act* which delegated to the Governor General in Council, and now the Minister of Transport, authority to permit construction of what would otherwise be a public nuisance in navigable waters. The Crown in right of Alberta requires statutory authorization from Parliament to erect any obstruction that substantially interferes with navigation in the Oldman River, and the *Navigable Waters Protection Act* is the means by which it must be obtained. It follows that the Crown in right of Alberta is bound by the Act, for it is the only practicable procedure available for getting approval.

ch. 35 de la loi de 1886 est demeuré substantiellement le même et constitue maintenant l'art. 4 de la Loi actuelle. C'est cette disposition que la Cour d'appel a appliquée pour statuer que la Couronne du chef de l'Alberta était liée par déduction nécessaire. Je souscris à cette opinion. Puisque sont expressément exclus de l'application de la Loi les ouvrages autorisés par le Parlement depuis la Confédération et par les législatures provinciales auparavant, au moment où ces corps législatifs avaient le pouvoir d'intervenir en matière de navigation, il faut comprendre, par déduction nécessaire, que la Loi s'applique aux ouvrages entrepris par les provinces après la Confédération. Il existe toutefois des considérations encore plus fondamentales qui nous amènent à soutenir que la conclusion de la Cour d'appel était correcte. J'en ferai maintenant l'analyse.

À mon avis, les circonstances qui ont entouré l'adoption de la loi, aussi révélatrices qu'elles soient du contexte de l'adoption de la loi, nous amènent à conclure en toute logique que la Couronne du chef d'une province est, par déduction nécessaire, liée par la Loi. Ni la Couronne ni un concessionnaire de la Couronne ne peuvent porter atteinte au droit public de navigation sans y être autorisés par une loi. Le droit de propriété que la Couronne du chef de l'Alberta peut détenir sur le lit de la rivière Oldman est assujéti au droit de navigation, sur lequel le Parlement exerce une compétence législative exclusive. L'exercice de la compétence du Parlement s'est principalement manifesté par l'adoption de la *Loi sur la protection des eaux navigables* qui a délégué au gouverneur général en conseil, et maintenant au ministre des Transports, le pouvoir d'autoriser la construction dans les eaux navigables de travaux qui constitueraient par ailleurs une nuisance publique. La Couronne du chef de l'Alberta doit obtenir l'autorisation législative du Parlement pour construire un ouvrage qui gênerait sérieusement la navigation dans la rivière Oldman; la *Loi sur la protection des eaux navigables* est le mécanisme qu'elle doit utiliser à cette fin. Il s'ensuit que la Couronne du chef de l'Alberta est liée par la Loi, car il s'agit là du seul moyen pratique d'obtenir l'approbation requise.

My colleague, Stevenson J., has however referred to the statement of Fitzpatrick C.J. in *Champion v. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216 (S.C.C.), to the effect that the Act was merely permissive and did not prevent a third party from bringing action for an interference with the public right of navigation despite the Minister's approval of the work. This statement, however, was mere dicta. The issue there was whether the structure concerned interfered with the plaintiffs' private right of access. The other two majority judges confined their remarks to this matter, and the two minority judges *a fortiori* did not agree with the statement. For my part, I prefer the view expressed in *Isherwood v. Ontario and Minnesota Power Co.* (1911), 18 O.W.R. 459 (Div. Ct.), that the Act does permit interference with the public right of navigation but does not interfere with the private rights of individuals. That is the proposition for which *Champion* is authority.

For these reasons I have concluded that the Crown in right of Alberta is, as a matter of necessary or logical implication, bound by the *Navigable Waters Protection Act*. I am also of the view that the purpose of the Act would be wholly frustrated if this were not the case. I am affected by the considerations referred to by Stone J.A. that the provinces are among the bodies that are likely to engage in projects—bridges, for example—that may interfere with navigation, and that this was the case in this country well before the passage of the Act, but here again I am affected as well by even more fundamental considerations, namely the nature of navigation in this country and of Parliament's legislative power over this activity.

Certain navigable systems form a critical part of the interprovincial transportation networks which are essential for international trade and commercial activity in Canada. With respect to the contrary view, it makes little sense to suggest that any semblance of Parliament's legislative objective in exercising its jurisdiction for the conservancy of navigable waters would be achieved were the Crown to be excluded from the operation of the Act. The regulation of navigable waters must be

Mon collègue le juge Stevenson a cependant fait mention de la déclaration du juge en chef Fitzpatrick dans *Champion c. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216 (C.S.C.), selon laquelle la Loi ne faisait qu'accorder une permission et n'empêchait pas un tiers d'intenter une action pour atteinte au droit public de navigation malgré l'approbation de l'ouvrage par le Ministre. Toutefois, cette déclaration n'était qu'incidente. Il s'agissait de déterminer si la structure en cause portait atteinte au droit d'accès privé des demandeurs. Les deux autres juges de la majorité ont limité leurs remarques à cette question et les deux juges de la minorité n'ont pas, à plus forte raison, approuvé la déclaration. Pour ma part, je préfère l'opinion exprimée dans *Isherwood c. Ontario and Minnesota Power Co.* (1911), 18 O.W.R. 459 (C. div.), selon laquelle la Loi permet de porter atteinte au droit public de navigation mais non aux droits privés des particuliers. C'est la proposition pour laquelle l'arrêt *Champion* fait autorité.

Pour ces motifs, j'ai conclu que la Couronne du chef de l'Alberta est, par déduction nécessaire ou logique, liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*. Je suis également d'avis que, s'il n'était pas ainsi, la Loi serait privée de toute efficacité. J'ai pris note des considérations soulevées par le juge Stone, savoir que les provinces font partie des organismes susceptibles de participer à des projets, par exemple, la construction de ponts, qui peuvent gêner la navigation, ce qui était le cas au Canada bien avant l'adoption de la Loi; toutefois, je m'intéresse également à des considérations encore plus fondamentales, savoir la nature de la navigation au Canada et la compétence législative du législateur fédéral sur ce domaine.

Certains cours d'eau navigables constituent une partie cruciale des réseaux de transport interprovincial, essentiels aux échanges internationaux et à l'activité commerciale au Canada. En ce qui concerne l'opinion contraire, il n'est pas très logique de prétendre qu'il serait possible d'atteindre en quoi que ce soit l'objectif du Parlement dans l'exercice de sa compétence sur l'administration des eaux navigables si la Couronne n'était pas liée par l'effet de la Loi. La réglementation des eaux

viewed functionally as an integrated whole, and when so viewed it would result in an absurdity if the Crown in right of a province was left to obstruct navigation with impunity at one point along a navigational system, while Parliament assiduously worked to preserve its navigability at another point.

The practical necessity for a uniform regulatory regime for navigable waters has already been recognized by this Court in *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, and the reasoning given there in support of a single body of maritime law within federal jurisdiction is equally applicable to this case. At pages 1294-95, it is stated:

Quite apart from judicial authority, the very nature of the activities of navigation and shipping, at least as they are practised in this country, makes a uniform maritime law which encompasses navigable inland waterways a practical necessity. Much of the navigational and shipping activity that takes place on Canada's inland waterways is closely connected with that which takes place within the traditional geographic sphere of maritime law. This is most obviously the case when one looks to the Great Lakes and the St. Lawrence Seaway, which are to a very large degree an extension, or alternatively the beginning, of the shipping lanes by which this country does business with the world. But it is also apparent when one looks to the many smaller rivers and waterways that serve as ports of call for ocean going vessels and as the points of departure for some of Canada's most important exports. This is undoubtedly one of the considerations that led the courts of British North America to rule that the public right of navigation, in contradistinction to the English position, extended to all navigable rivers regardless of whether or not they were within the ebb and flow of the tide It probably also explains why the Fathers of Confederation thought it necessary to assign the broad and general power over navigation and shipping to the central rather than the provincial governments

Were the Crown in right of a province permitted to undermine the integrity of the essential navigational networks in Canadian waters, the legislative

navigables doit être analysée dans son ensemble et ce serait une situation absurde si la Couronne du chef d'une province pouvait impunément entraver la navigation à un endroit le long d'un cours d'eau navigable, alors que le Parlement travaille assidûment à en préserver la navigabilité à un autre.

La nécessité en pratique d'avoir un régime de réglementation uniforme pour les eaux navigables a déjà été reconnue par notre Cour dans l'arrêt *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; le raisonnement présenté dans cet arrêt en faveur d'un régime de règles de droit maritime uniformes relevant de la compétence fédérale est également applicable en l'espèce. Aux pages 1294 et 1295, on dit:

Mise à part la jurisprudence, la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, du moins telles qu'elles sont exercées ici, fait que des règles de droit maritime uniformes s'appliquant aux voies navigables intérieures sont nécessaires en pratique. La plupart des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau ayant lieu sur les voies navigables intérieures du Canada sont étroitement liées avec celles qui sont exercées dans la sphère géographique traditionnelle du droit maritime. Cela est particulièrement évident lorsque l'on considère les Grands Lacs et la Voie maritime du Saint-Laurent, qui sont dans une très large mesure une extension, sinon le commencement, des voies de transport maritime grâce auxquelles le pays fait du commerce avec le monde. Mais cela est également manifeste lorsque l'on examine les nombreux fleuves, rivières et voies d'eau moins importants qui servent de port d'escale aux océaniques et de point de départ pour quelques-unes des plus importantes exportations du Canada. C'est à n'en pas douter l'une des considérations qui ont amené les tribunaux de l'Amérique du Nord britannique à décider que le droit public de navigation, contrairement à ce que prétendaient les Anglais, s'étend à tous les fleuves et rivières navigables, peu importe qu'ils soient ou non à l'intérieur de l'aire de flux et de reflux; [. . .] Cela explique probablement aussi pourquoi les Pères de la Confédération ont estimé nécessaire d'attribuer le pouvoir général sur la navigation et les expéditions par eau au gouvernement central plutôt qu'à celui des provinces

Si la Couronne du chef d'une province était habilitée à saper l'intégrité des réseaux essentiels de navigation dans les eaux canadiennes, à mon avis,

purpose of the *Navigable Waters Protection Act* would, in my view, effectively be emasculated. In light of these findings, it is unnecessary to comment on the issue of waiver that was raised by the appellant Ministers.

Constitutional Question

The constitutional question asks whether the *Guidelines Order* is so broad as to offend ss. 92 and 92A of the *Constitution Act, 1867*. However, no argument was made with respect to s. 92A for the apparent reason that the Oldman River Dam project does not, in the appellants' view, fall within the ambit of that provision. At all events, the matter is of no moment. The process of judicial review of legislation which is impugned as *ultra vires* Parliament was recently elaborated on in *Whitbread v. Walley, supra*, and does not bear repetition here, save to remark that if the *Guidelines Order* is found to be legislation that is in pith and substance in relation to matters within Parliament's exclusive jurisdiction, that is the end of the matter. It would be immaterial that it also affects matters of property and civil rights (*Whitbread*, at p. 1286). The analysis proceeds first by identifying whether in pith and substance the legislation falls within a matter assigned to one or more of the heads of legislative power.

While various expressions have been used to describe what is meant by the "pith and substance" of a legislative provision, in *Whitbread v. Walley* I expressed a preference for the description "the dominant or most important characteristic of the challenged law". Naturally, the parties have advanced quite different features of the *Guidelines Order* as representing its most important characteristic. For Alberta, it is the manner in which it is said to encroach on provincial rights, although no specific matter has been identified other than general references to the environment. Alberta argues that Parliament has no plenary jurisdiction over the environment, it being a matter of legislative jurisdiction shared by both levels of government, and that the *Guidelines Order* has crossed the line

l'objet de la *Loi sur la protection des eaux navigables* serait, en fait, annihilé. Vu ces conclusions, je n'ai pas à examiner la question de la renonciation soulevée par les ministres appelants.

La question constitutionnelle

La question constitutionnelle vise à savoir si le *Décret sur les lignes directrices* est général au point de contrevenir aux art. 92 et 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, aucun moyen n'a été présenté relativement à l'art. 92A au motif apparent que le projet de construction d'un barrage sur la rivière Oldman n'est pas, selon les appelants, visé par cette disposition. Quoiqu'il en soit, la question n'a pas d'importance. Le processus de révision judiciaire d'un texte législatif contesté parce qu'il serait *ultra vires* du Parlement a récemment fait l'objet d'une analyse dans l'arrêt *Whitbread c. Walley*, précité, et je n'ai pas besoin de la reprendre ici, sauf pour dire que si l'on conclut que, de par son caractère véritable, le *Décret sur les lignes directrices* est un texte législatif lié à des matières relevant de la compétence exclusive du Parlement, la question est épuisée. Il serait alors indifférent qu'il touche également des matières liées à la propriété et aux droits civils (*Whitbread*, à la p. 1286). L'analyse consiste tout d'abord à déterminer si, de par son caractère véritable, le texte législatif est lié à une matière relevant d'un ou plusieurs domaines de compétence législative.

Bien que diverses expressions aient été utilisées pour décrire ce que l'on entend par le «caractère véritable» d'une disposition législative, j'ai exprimé dans l'arrêt *Whitbread c. Walley* une préférence pour la détermination de «la caractéristique principale ou la plus importante de la loi contestée». Il va sans dire que les parties ont fait valoir des aspects fort différents comme caractéristique la plus importante du *Décret sur les lignes directrices*. Pour l'Alberta, c'est la façon dont le Décret empiéterait sur les droits provinciaux; toutefois, elle n'a pas mentionné de matière spécifique autre que des renvois généraux à l'environnement. L'Alberta soutient, d'une part, que le Parlement n'a pas une compétence absolue sur l'environnement, s'agissant là d'une matière relevant de la compé-

which circumscribes Parliament's authority over the environment. The appellant Ministers argue that in pith and substance the *Guidelines Order* is merely a process to facilitate federal decision making on matters that fall within Parliament's jurisdiction—a proposition with which the respondent substantially agrees.

The substance of Alberta's argument is that the *Guidelines Order* purports to give the Government of Canada general authority over the environment in such a way as to trench on the province's exclusive legislative domain. Alberta argues that the *Guidelines Order* attempts to regulate the environmental effects of matters largely within the control of the province and, consequently, cannot constitutionally be a concern of Parliament. In particular, it is said that Parliament is incompetent to deal with the environmental effects of provincial works such as the Oldman River Dam.

I agree that the *Constitution Act, 1867* has not assigned the matter of "environment" *sui generis* to either the provinces or Parliament. The environment, as understood in its generic sense, encompasses the physical, economic and social environment touching several of the heads of power assigned to the respective levels of government. Professor Gibson put it succinctly several years ago in his article "Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada" (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, at p. 85:

... "environmental management" does not, under the existing situation, constitute a homogeneous constitutional unit. Instead, it cuts across many different areas of constitutional responsibility, some federal and some provincial. And it is no less obvious that "environmental management" could never be treated as a constitutional unit under one order of government in any constitution

tence législative des deux paliers de gouvernement et, d'autre part, que le *Décret sur les lignes directrices* est exorbitant de la compétence du Parlement sur l'environnement. Les ministres appelants soutiennent que, de par son caractère véritable, le *Décret sur les lignes directrices* n'est qu'un moyen d'aider le gouvernement fédéral à prendre des décisions dans des domaines qui relèvent de la compétence du Parlement; l'intimée est en grande partie d'accord avec cette proposition.

L'essentiel de la thèse de l'Alberta est que le *Décret sur les lignes directrices* prétend conférer au gouvernement du Canada une compétence générale sur l'environnement d'une façon qui empiète sur la compétence législative exclusive de la province. L'Alberta soutient que le *Décret sur les lignes directrices* tente de réglementer les répercussions environnementales de matières qui relèvent en grande partie de la compétence de la province et qui, par conséquent, ne peuvent, en vertu de la Constitution, constituer une préoccupation du Parlement. Elle est d'avis tout particulièrement que le Parlement n'a pas de compétence à l'égard des répercussions environnementales d'ouvrages provinciaux comme le barrage sur la rivière Oldman.

Je suis d'accord que la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas conféré le domaine de l'«environnement» comme tel aux provinces ou au Parlement. L'environnement, dans son sens générique, englobe l'environnement physique, économique et social touchant plusieurs domaines de compétence attribués aux deux paliers de gouvernement. Le professeur Gibson a succinctement résumé ce point il y a plusieurs années dans son article intitulé: «Constitutionnal Jurisdiction over Environmental Management in Canada» (1973), 23 *U.T.L.J.* 54, à la p. 85:

[TRADUCTION] ... la «gestion de l'environnement» ne constitue pas dans la situation actuelle une unité constitutionnelle homogène. Elle touche plutôt différents domaines de responsabilité constitutionnelle, certains relevant du fédéral, d'autres des provinces. Il est par ailleurs fort évident que la «gestion de l'environnement» ne pourrait jamais être considérée comme une unité constitutionnelle relevant d'un seul palier de gouvernement à l'intérieur d'une constitution de type fédéral

that claimed to be federal, because no system in which one government was so powerful would be federal.

I earlier referred to the environment as a diffuse subject, echoing what I said in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, *supra*, to the effect that environmental control, as a subject matter, does not have the requisite distinctiveness to meet the test under the “national concern” doctrine as articulated by Beetz J. in *Reference re Anti-Inflation Act*, *supra*. Although I was writing for the minority in *Crown Zellerbach*, this opinion was not contested by the majority. The majority simply decided that marine pollution was a matter of national concern because it was predominately extra-provincial and international in character and implications, and possessed sufficiently distinct and separate characteristics as to make it subject to Parliament’s residual power.

It must be recognized that the environment is not an independent matter of legislation under the *Constitution Act, 1867* and that it is a constitutionally abstruse matter which does not comfortably fit within the existing division of powers without considerable overlap and uncertainty. A variety of analytical constructs have been developed to grapple with the problem, although no single method will be suitable in every instance. Some have taken a functional approach by describing specific environmental concerns and then allocating responsibility by reference to the different heads of power; see, for example, Gibson, *supra*. Others have looked at the problem from the perspective of testing the ambit of federal powers according to their general description as “conceptual” or “global” (e.g., criminal law, taxation, trade and commerce, spending and the general residuary power) as opposed to “functional” (e.g., navigation and fisheries); see P. Emond, “The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution” (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647, and M. E. Hatherly, *Constitutional Jurisdiction in Relation to Environmental Law*, background paper

parce qu’aucun système à l’intérieur duquel un seul gouvernement serait aussi puissant ne serait fédéral.

J’ai déjà mentionné que l’environnement est un sujet diffus, reprenant ainsi ce que j’ai dit dans l’arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, que le contrôle de l’environnement, en tant que sujet, ne possède pas la particularité requise pour satisfaire au critère en vertu de la théorie de l’intérêt «national» formulée par le juge Beetz dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, précité. Bien que j’aie exprimé l’opinion minoritaire dans l’arrêt *Crown Zellerbach*, elle n’a pas été contestée sur ce point par les juges de la majorité. La majorité a simplement décidé que la pollution des mers est une question d’intérêt national à cause de son caractère et de ses incidences surtout extra-provinciales et internationales, et parce que ses caractéristiques sont suffisamment distinctes pour en faire un sujet relevant du pouvoir résiduel du Parlement.

Il faut reconnaître que l’environnement n’est pas un domaine distinct de compétence législative en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que c’est, au sens constitutionnel, une matière obscure qui ne peut être facilement classée dans le partage actuel des compétences, sans un grand chevauchement et une grande incertitude. On a élaboré diverses méthodes analytiques pour régler ce problème; toutefois, il n’en existe pas une seule qui conviendra dans tous les cas. Certains envisagent une analyse fonctionnelle en décrivant des préoccupations environnementales spécifiques et en attribuant ensuite la responsabilité en fonction des divers domaines de compétence; voir par exemple Gibson, *loc. cit.* D’autres abordent le problème du point de vue de l’étendue des pouvoirs fédéraux en distinguant ceux qui peuvent être considérés comme «conceptuels» ou «globaux» (par exemple, le droit criminel, la taxation, les échanges et le commerce, le pouvoir de dépenser et le pouvoir résiduel général) par opposition à ceux qui sont «fonctionnels» (la navigation et les pêcheries); voir P. Emond, «The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution» (1972), 10 *Osgoode Hall L.J.* 647, et M. E. Hatherly, *Constitutional Jurisdiction in*

prepared for the Protection of Life Project, Law Reform Commission of Canada (1984).

In my view the solution to this case can more readily be found by looking first at the catalogue of powers in the *Constitution Act, 1867* and considering how they may be employed to meet or avoid environmental concerns. When viewed in this manner it will be seen that in exercising their respective legislative powers, both levels of government may affect the environment, either by acting or not acting. This can best be understood by looking at specific powers. A revealing example is the federal Parliament's exclusive legislative power over interprovincial railways under ss. 92(10)(a) and 91(29) of the *Constitution Act, 1867*. The regulation of federal railways has been entrusted to the National Transportation Agency pursuant to the *National Transportation Act, 1987*, which enjoys a broad mandate as summarized in the declaration found in s. 3, which reads in part:

3. (1) It is hereby declared that a safe, economic, efficient and adequate network of viable and effective transportation services making the best use of all available modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the transportation needs of shippers and travellers and to maintain the economic well-being and growth of Canada and its regions and that those objectives are most likely to be achieved when all carriers are able to compete, both within and among the various modes of transportation, under conditions ensuring that, having due regard to national policy and to legal and constitutional requirements,

(d) transportation is recognized as a key to regional economic development and commercial viability of transportation links is balanced with regional economic development objectives in order that the potential economic strengths of each region may be realized, . . .

This gives some insight into the scope of Parliament's legislative jurisdiction over railways and

Relation to Environmental Law, document d'étude rédigé dans le cadre du projet de la protection de la vie, Commission de réforme du droit du Canada (1984).

À mon avis, on peut plus facilement trouver la solution applicable à l'espèce en examinant tout d'abord l'énumération des pouvoirs dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et en analysant comment ils peuvent être utilisés pour répondre aux problèmes environnementaux ou pour les éviter. On pourra alors se rendre compte que, dans l'exercice de leurs pouvoirs respectifs, les deux paliers de gouvernement peuvent toucher l'environnement, tant par leur action que par leur inaction. Pour mieux comprendre, on doit examiner des pouvoirs spécifiques. Un exemple intéressant est la compétence législative exclusive du Parlement fédéral sur le transport ferroviaire interprovincial en vertu de l'al. 92(10)a) et du par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La réglementation du transport ferroviaire fédéral a été confiée à l'Office national des transports conformément à la *Loi de 1987 sur les transports nationaux*; le mandat de cet office est vaste, comme le résume la déclaration figurant à l'art. 3 qui prévoit notamment:

3. (1) Il est déclaré que, d'une part, la mise en place d'un réseau sûr, rentable et bien adapté de services de transport viables et efficaces, utilisant au mieux et aux moindres frais globaux tous les modes de transport existants, est essentielle à la satisfaction des besoins des expéditeurs et des voyageurs en matière de transports comme à la prospérité et à la croissance économique du Canada et de ses régions, d'autre part, ces objectifs ont le plus de chances de se réaliser en situation de concurrence, dans et parmi les divers modes de transport, entre tous les transporteurs, à condition que, compte dûment tenu de la politique nationale et du contexte juridique et constitutionnel:

d) les transports soient reconnus comme un facteur primordial du développement économique régional et que soit maintenu un équilibre entre les objectifs de rentabilité des liaisons de transport et ceux de développement économique régional en vue de la réalisation du potentiel économique de chaque région; . . .

Cette déclaration nous éclaire sur l'étendue de la compétence législative du Parlement en matière de

the manner in which it is charged with the responsibility of weighing both the national and local socio-economic ramifications of its decisions. Moreover, it cannot be seriously questioned that Parliament may deal with biophysical environmental concerns touching upon the operation of railways so long as it is legislation relating to railways. This could involve issues such as emission standards or noise abatement provisions.

To continue with the example, one might postulate the location and construction of a new line which would require approval under the relevant provisions of the *Railway Act*, R.S.C., 1985, c. R-3. That line may cut through ecologically sensitive habitats such as wetlands and forests. The possibility of derailment may pose a serious hazard to the health and safety of nearby communities if dangerous commodities are to be carried on the line. On the other hand, it may bring considerable economic benefit to those communities through job creation and the multiplier effect that will have in the local economy. The regulatory authority might require that the line circumvent residential districts in the interests of noise abatement and safety. In my view, all of these considerations may validly be taken into account in arriving at a final decision on whether or not to grant the necessary approval. To suggest otherwise would lead to the most astonishing results, and it defies reason to assert that Parliament is constitutionally barred from weighing the broad environmental repercussions, including socio-economic concerns, when legislating with respect to decisions of this nature.

The same can be said for several other subject matters of legislation, including one of those before the Court, namely navigation and shipping. Some provisions of the *Navigable Waters Protection Act* are aimed directly at biophysical environmental concerns that affect navigation. Sections 21 and 22 read:

transport ferroviaire et sur la façon dont on lui impose de tenir compte des ramifications socio-économiques à la fois nationales et locales de ses décisions. Par ailleurs, on ne peut sérieusement mettre en doute que le Parlement puisse s'occuper de questions biophysiques environnementales ayant une incidence sur l'exploitation des chemins de fer dans la mesure où il le fait dans le cadre d'une loi sur les chemins de fer. Il pourrait notamment s'agir de questions touchant les normes d'émission ou les mesures de réduction du bruit.

Pour poursuivre avec le même exemple, on peut proposer l'emplacement et la construction d'une nouvelle voie ferrée, qui devraient être approuvés en vertu des dispositions pertinentes de la *Loi sur les chemins de fer*, L.R.C. (1985), ch. R-3. En effet, cette voie pourrait traverser des habitats fragiles du point de vue écologique comme des marécages et des forêts. En outre, le risque de déraillement peut présenter un grave danger pour la santé et la sécurité des collectivités avoisinantes dans le cas de transport de marchandises dangereuses. Par contre, cette voie peut entraîner d'importantes retombées économiques locales grâce à la création d'emplois et à l'effet de multiplication qui s'ensuivra. L'autorité réglementante peut exiger que la voie soit construite à l'extérieur des districts résidentiels eu égard à la suppression du bruit et par souci de sécurité. À mon avis, on peut valablement tenir compte de toutes ces considérations dans la décision finale d'accorder ou non l'approbation nécessaire. Prétendre le contraire nous conduirait à des résultats étonnants et il ne serait pas logique d'affirmer que la Constitution ne permet pas au Parlement de tenir compte des vastes répercussions environnementales, y compris des préoccupations socio-économiques, lorsqu'il légifère relativement à des décisions de cette nature.

Le même raisonnement peut être appliqué à plusieurs autres matières, y compris une de celles dont nous sommes saisis, savoir la navigation et les expéditions par eau. Certaines dispositions de la *Loi sur la protection des eaux navigables* visent directement les préoccupations environnementales biophysiques qui touchent la navigation. Les articles 21 et 22 disposent:

21. No person shall throw or deposit or cause, suffer or permit to be thrown or deposited any sawdust, edgings, slabs, bark or like rubbish of any description whatever that is liable to interfere with navigation in any water, any part of which is navigable or that flows into any navigable water.

22. No person shall throw or deposit or cause, suffer or permit to be thrown or deposited any stone, gravel, earth, cinders, ashes or other material or rubbish that is liable to sink to the bottom in any water, any part of which is navigable or that flows into any navigable water, where there are not at least twenty fathoms of water at all times, but nothing in this section shall be construed so as to permit the throwing or depositing of any substance in any part of a navigable water where that throwing or depositing is prohibited by or under any other Act.

As I mentioned earlier in these reasons, the Act has a more expansive environmental dimension, given the common law context in which it was enacted. The common law proscribed obstructions that interfered with the paramount right of public navigation. Several of the "works" referred to in the Act do not in any way improve navigation. Bridges do not assist navigation, nor do many dams. Thus, in deciding whether a work of that nature is to be permitted, the Minister would almost surely have to weigh the advantages and disadvantages resulting from the interference with navigation. This could involve environmental concerns such as the destruction to fisheries, and all the *Guidelines Order* does then is to extend the ambit of his concerns.

It must be noted that the exercise of legislative power, as it affects concerns relating to the environment, must, as with other concerns, be linked to the appropriate head of power, and since the nature of the various heads of power under the *Constitution Act, 1867* differ, the extent to which environmental concerns may be taken into account in the exercise of a power may vary from one power to another. For example, a somewhat different environmental role can be played by Parliament in the exercise of its jurisdiction over fisheries than under its powers concerning railways or navigation since the former involves the management of a resource,

21. Il est interdit de jeter ou déposer, de faire jeter ou déposer ou de permettre ou tolérer que soient jetés ou déposés des sciures, rognures, dosses, écorces, ou des déchets semblables de quelque nature susceptibles de gêner la navigation dans des eaux dont une partie est navigable ou qui se déversent dans des eaux navigables.

22. Il est interdit de jeter ou déposer, de faire jeter ou déposer ou de permettre ou tolérer que soient jetés ou déposés de la pierre, du gravier, de la terre, des escarbilles, cendres ou autres matières ou déchets submersibles dans des eaux dont une partie est navigable ou qui se déversent dans des eaux navigables et où il n'y a pas continuellement au moins vingt brasses d'eau; le présent article n'a toutefois pas pour effet de permettre de jeter ou déposer une substance dans des eaux navigables là où une autre loi interdit de le faire.

Comme je l'ai mentionné, cette loi a une dimension environnementale de plus grande envergure, compte tenu du contexte de common law dans lequel elle a été adoptée. La common law interdit les obstacles qui portent atteinte au droit public suprême de navigation. Plusieurs des «ouvrages» mentionnés dans la Loi ne visent pas à améliorer la navigation. Les ponts ne favorisent pas la navigation ni d'ailleurs un grand nombre de barrages. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de décider d'autoriser un ouvrage de cette nature, le ministre devrait presque certainement tenir compte des avantages et désavantages résultant de l'entrave à la navigation. Cela pourrait nécessiter un examen des préoccupations environnementales comme la destruction de la pêche; le *Décret sur les lignes directrices* ne vise donc qu'à étendre la portée de ses préoccupations.

On doit rappeler que l'exercice d'une compétence législative, dans la mesure où elle se rapporte à l'environnement, doit, comme toute autre préoccupation, se rattacher au domaine de compétence approprié; puisque la nature des divers domaines de compétence en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* diffère, l'importance qui pourra être accordée aux préoccupations environnementales dans l'exercice d'une compétence donnée pourra varier d'un domaine à l'autre. Par exemple, le Parlement peut jouer, en matière d'environnement, dans l'exercice de sa compétence sur les pêcheries, un rôle quelque peu différent de celui qu'il a en

the others activities. The foregoing observations may be demonstrated by reference to two cases involving fisheries. In *Fowler v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 213, the Court found that s. 33(3) of the *Fisheries Act* was *ultra vires* Parliament because its broad prohibition enjoining the deposit of "slash, stumps or other debris" into water frequented by fish was not sufficiently linked to any actual or potential harm to fisheries. However, s. 33(2), prohibiting the deposit of deleterious substances in any place where they might enter waters frequented by fish, was found *intra vires* Parliament under s. 91(12) in *Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 292.

The provinces may similarly act in relation to the environment under any legislative power in s. 92. Legislation in relation to local works or undertakings, for example, will often take into account environmental concerns. What is not particularly helpful in sorting out the respective levels of constitutional authority over a work such as the Oldman River dam, however, is the characterization of it as a "provincial project" or an undertaking "primarily subject to provincial regulation" as the appellants sought to do. That begs the question and posits an erroneous principle that seems to hold that there exists a general doctrine of interjurisdictional immunity to shield provincial works or undertakings from otherwise valid federal legislation. As Dickson C.J. remarked in *Alberta Government Telephones*, *supra*, at p. 275:

It should be remembered that one aspect of the pith and substance doctrine is that a law in relation to a matter within the competence of one level of government may validly affect a matter within the competence of the other. Canadian federalism has evolved in a way which

vertu de sa compétence sur les chemins de fer ou la navigation puisque dans le premier cas il gère une ressource, alors que dans les deux autres, il gère des activités. Ces observations peuvent être illustrées par deux arrêts sur les pêches. Dans *Fowler c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 213, la Cour a statué que le par. 33(3) de la *Loi sur les pêches* excédait les pouvoirs du Parlement parce que l'interdiction générale de déposer «des déchets de bois, souches ou autres débris» dans une eau fréquentée par le poisson n'était pas suffisamment liée aux dommages, réels ou probables, que les pêches pourraient subir. Toutefois, dans l'arrêt *Northwest Falling Contractors Ltd. c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 292, la Cour a statué que le par. 33(2), qui interdit à qui que ce soit de déposer une substance nocive en quelque lieu dans des conditions où cette substance nocive pourrait pénétrer dans des eaux poissonneuses, était de la compétence du Parlement du Canada en vertu du par. 91(12).

Les provinces peuvent de la même façon œuvrer dans le domaine de l'environnement dans l'exercice de leur compétence législative en vertu de l'art. 92. Par exemple, les lois ayant trait aux ouvrages et entreprises de nature locale tiendront souvent compte de préoccupations environnementales. Toutefois, dans la détermination de la compétence constitutionnelle de chacun des paliers de gouvernement sur un projet comme le barrage de la rivière Oldman, il n'est pas particulièrement utile de qualifier cet ouvrage de [TRADUCTION] «projet provincial» ou d'entreprise [TRADUCTION] «principalement assujettie à la réglementation provinciale» comme a tenté de le faire l'appellante l'Alberta. C'est présumer de la réponse et poser un principe erroné qui semble accepter l'existence d'une théorie générale de l'exclusivité des compétences visant à exempter les ouvrages ou entreprises de nature provinciale de l'application de lois fédérales par ailleurs valides. Comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Alberta Government Telephones*, précité, à la p. 275:

Il faut se rappeler que l'un des aspects de la théorie du caractère véritable est qu'une loi relative à un chef de compétence d'un palier de gouvernement peut valablement toucher un chef de compétence de l'autre palier. Le fédéralisme canadien a évolué de façon à tolérer à

tolerates overlapping federal and provincial legislation in many respects, and in my view a constitutional immunity doctrine is neither desirable nor necessary to accommodate valid provincial objectives.

What is important is to determine whether either level of government may legislate. One may legislate in regard to provincial aspects, the other federal aspects. Although local projects will generally fall within provincial responsibility, federal participation will be required if the project impinges on an area of federal jurisdiction as is the case here.

There is, however, an even more fundamental fallacy in Alberta's argument, and that concerns the manner in which constitutional powers may be exercised. In legislating regarding a subject, it is sufficient that the legislative body legislate on that subject. The practical purpose that inspires the legislation and the implications that body must consider in making its decision are another thing. Absent a colourable purpose or a lack of *bona fides*, these considerations will not detract from the fundamental nature of the legislation. A railway line may be required to locate so as to avoid a nuisance resulting from smoke or noise in a municipality, but it is nonetheless railway regulation.

An Australian case, *Murphyores Incorporated Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1976), 136 C.L.R. 1 (H.C.), illustrates the point well in a context similar to the present. There the plaintiffs carried on the business of mining for mineral sands from which they produced zircon and rutile concentrates. The export of those substances was regulated by the *Customs (Prohibited Exports) Regulations* (passed pursuant to the Commonwealth's trade and commerce power) and approval from the Minister of Minerals and Energy was required for their export. The issue in the case arose when an inquiry was directed to be made under the *Environment Protection (Impact of Proposals) Act 1974-1975* (Cth), into the environmental impact of mineral extraction from the area in which the plaintiffs had their mining leases. The Minister responsible informed the plaintiffs that

plusieurs égards le chevauchement des lois fédérales et provinciales et, à mon avis, une théorie de l'immunité constitutionnelle n'est ni souhaitable ni nécessaire à la réalisation d'objectifs provinciaux réguliers.

Il importe de déterminer quel palier de gouvernement peut légiférer. Un palier peut légiférer à l'égard des aspects provinciaux et l'autre, à l'égard des aspects fédéraux. Bien que les projets de nature locale relèvent généralement de la compétence provinciale, ils peuvent exiger la participation du fédéral dans le cas où le projet empiète sur un domaine de compétence fédérale comme en l'espèce.

Toutefois, le raisonnement de l'Alberta recèle un sophisme encore plus fondamental, qui touche la façon d'exercer les pouvoirs constitutionnels. Lorsqu'il légifère sur une matière, l'organe législatif doit s'en tenir à cette matière. L'objet pratique à la base de la loi et les répercussions dont l'organe doit tenir compte dans sa prise de décision sont une toute autre chose. En l'absence d'un objet déguisé ou d'un manque de bonne foi, ces considérations ne porteront pas atteinte à la nature fondamentale de la loi. On peut exiger qu'une voie ferrée soit construite à un endroit où la fumée ou le bruit ne constituera pas une nuisance pour la municipalité, mais il s'agit néanmoins d'un règlement sur les chemins de fer.

Un arrêt australien, *Murphyores Incorporated Pty Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1976), 136 C.L.R. 1 (H.C.), illustre bien le point dans un contexte semblable à celui de l'espèce. Dans cette affaire, les demandeurs exploitaient une carrière qui servait à la production de concentrés de zircon et de rutile. L'exportation de ces substances était régie par le *Customs (Prohibited Exports) Regulations* (adopté en vertu de la compétence du Commonwealth (c'est-à-dire le pouvoir fédéral) en matière d'échanges et de commerce) et devait être approuvée par le ministre des mines et de l'énergie. Le litige a pris naissance dans le cadre d'une enquête devant être réalisée en vertu de l'*Environment Protection (Impact of Proposals) Act 1974-1975* (Cth) sur l'incidence environnementale de l'extraction minière à l'endroit où les demandeurs détenaient leurs baux miniers. Le ministre respon-

the report of that inquiry would have to be considered before allowing any further export of concentrates.

The plaintiffs contended that the Minister could only consider matters relevant to "trading policy" within the scope of the Commonwealth's trade and commerce power, rather than the environmental concerns arising from the anterior mining activity which was predominantly a state interest. That argument was unanimously rejected, Stephen J. putting it as follows, at p. 12:

The administrative decision whether or not to relax a prohibition against the export of goods will necessarily be made in the light of considerations affecting the mind of the administrator; but whatever their nature the consequence will necessarily be expressed in terms of trade and commerce, consisting of the approval or rejection of an application to relax the prohibition on exports. It will therefore fall within constitutional power. The considerations in the light of which the decision is made may not themselves relate to matters of trade and commerce but that will not deprive the decision which they induce of its inherent constitutionality for the decision will be directly on the subject matter of exportation and the considerations actuating that decision will not detract from the character which its subject matter confers upon it.

I hasten to add that I do not mean to draw any parallels between the Commonwealth's trade and commerce power as framed in the Australian Constitution and that found in the Canadian Constitution. Obviously there are important differences in the two documents, but the general point made in *Murphyores* is nonetheless valid in the present case. The case points out the danger of falling into the conceptual trap of thinking of the environment as an extraneous matter in making legislative choices or administrative decisions. Clearly, this cannot be the case. Quite simply, the environment is comprised of all that is around us and as such must be a part of what actuates many decisions of any moment.

sable informa alors les demandeurs qu'il devrait faire analyser le rapport d'enquête avant d'autoriser toute autre exportation de concentrés.

^a Les demandeurs prétendaient que le ministre pouvait seulement tenir compte des questions se rapportant à la [TRADUCTION] «politique relative aux échanges» adoptée en vertu de la compétence des pays du Commonwealth en matière d'échanges et de commerce, plutôt que des préoccupations environnementales se rattachant à l'exploitation minière antérieure, qui relevait principalement de la compétence de l'État. Cette prétention a été unanimement rejetée; le juge Stephen indique à la p. 12:

[TRADUCTION] La décision administrative d'assouplir ou non l'interdiction d'exporter des marchandises tiendra nécessairement compte des considérations qui intéressent l'administrateur; toutefois, quelle que soit la nature de ces considérations, la conséquence sera nécessairement exprimée en fonction des échanges et du commerce, soit l'approbation ou le rejet d'une demande visant à assouplir l'interdiction des exportations. Ce sera alors une décision prise dans le cadre d'un pouvoir constitutionnel. Les considérations à la base de la prise de décisions peuvent ne pas avoir trait aux questions d'échanges et de commerce, mais la décision ne sera pas inconstitutionnelle pour autant puisqu'elle porte directement sur le sujet de l'exportation et les considérations qui la sous-tendent ne portent pas atteinte au caractère que le sujet de compétence lui confère.

^g Je m'empresse d'ajouter que je ne veux pas établir de comparaison entre la compétence des pays du Commonwealth en matière d'échanges et de commerce prévue par la Constitution australienne et celle qui existe dans la Constitution canadienne. Certes, il y a des différences importantes entre les deux documents, mais l'idée générale qui ressort de l'arrêt *Murphyores* est néanmoins valide en l'espèce. Cet arrêt souligne le risque de croire à tort que l'environnement est une question accessoire lorsqu'il s'agit de faire des choix législatifs ou de prendre des décisions administratives. De toute évidence, cela ne peut être le cas. Tout simplement, l'environnement comprend tout ce qui nous entoure et, comme tel, doit être à la base d'un grand nombre de décisions courantes.

Environmental impact assessment is, in its simplest form, a planning tool that is now generally regarded as an integral component of sound decision-making. Its fundamental purpose is summarized by R. Cotton and D. P. Emond in "Environmental Impact Assessment", in J. Swaigen, ed., *Environmental Rights in Canada* (1981), 245, at p. 247:

The basic concepts behind environmental assessment are simply stated: (1) early identification and evaluation of all potential environmental consequences of a proposed undertaking; (2) decision making that both guarantees the adequacy of this process and reconciles, to the greatest extent possible, the proponent's development desires with environmental protection and preservation.

As a planning tool it has both an information-gathering and a decision-making component which provide the decision maker with an objective basis for granting or denying approval for a proposed development; see M. I. Jeffery, *Environmental Approvals in Canada* (1989), at p. 1.2, § 1.4; D. P. Emond, *Environmental Assessment Law in Canada* (1978), at p. 5. In short, environmental impact assessment is simply descriptive of a process of decision making.

The *Guidelines Order* has merely added to the matters that federal decision makers should consider. If the Minister of Transport was specifically assigned the task of weighing concerns regarding fisheries in weighing applications to construct works in navigable waters, could there be any complaint that this was *ultra vires*? All that it would mean is that a decision maker charged with making one decision must also consider other matters that fall within federal power. I am not unmindful of what was said by counsel for the Attorney General for Saskatchewan who sought to characterize the *Guidelines Order* as a constitutional Trojan horse enabling the federal government, on the pretext of some narrow ground of federal jurisdiction, to conduct a far ranging inquiry into matters that are exclusively within provincial

L'évaluation des incidences environnementales est, sous sa forme la plus simple, un outil de planification que l'on considère généralement comme faisant partie intégrante d'un processus éclairé de prise de décisions. R. Cotton et D. P. Emond, dans un ouvrage intitulé «Environmental Impact Assessment», dans J. Swaigen, dir., *Environmental Rights in Canada* (1981), 245, à la p. 247, résume l'objet fondamental de cette évaluation:

[TRADUCTION] Les concepts fondamentaux à la base de l'évaluation environnementale peuvent être énoncés en termes simples: (1) déterminer et évaluer avant coup toutes les conséquences environnementales possibles d'une entreprise proposée; (2) permettre une prise de décisions qui à la fois garantira l'à-propos du processus et conciliera le plus possible les désirs d'aménagement du promoteur et la protection et la préservation de l'environnement.

En tant qu'outil de planification, le processus d'évaluation renferme un mécanisme de collecte de renseignements et de prise de décisions, qui fournit au décideur une base objective sur laquelle il pourra s'appuyer pour autoriser ou refuser un projet d'aménagement; voir M. I. Jeffery, *Environmental Approvals in Canada* (1989), à la p. 1.2, § 1.4; D. P. Emond, *Environmental Assessment Law in Canada* (1978), à la p. 5. Bref, l'évaluation des incidences environnementales constitue simplement une description du processus de prise de décisions.

Le *Décret sur les lignes directrices* vient simplement s'ajouter aux questions dont les décideurs fédéraux doivent tenir compte. Si le ministre des Transports devait spécifiquement tenir compte des préoccupations en matière de pêche dans l'examen des demandes de construction d'ouvrages dans les eaux navigables, pourrait-on soulever que cette attribution de compétence est *ultra vires*? Tout ce que cela signifierait est que le décideur doit aussi prendre en considération d'autres questions qui relèvent de la compétence fédérale. Je ne suis pas indifférent aux propos du substitut du procureur général de la Saskatchewan qui a cherché à qualifier le *Décret sur les lignes directrices* de cheval de Troie constitutionnel permettant au gouvernement fédéral, sous prétexte de l'existence de quelque champ restreint de compétence fédérale, de procé-

jurisdiction. However, on my reading of the *Guidelines Order* the “initiating department” assigned responsibility for conducting an initial assessment, and if required, the environmental review panel, are only given a mandate to examine matters directly related to the areas of federal responsibility affected. Thus, an initiating department or panel cannot use the *Guidelines Order* as a colourable device to invade areas of provincial jurisdiction which are unconnected to the relevant heads of federal power.

Because of its auxiliary nature, environmental impact assessment can only affect matters that are “truly in relation to an institution or activity that is otherwise within [federal] legislative jurisdiction”; see *Devine v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at p. 808. Given the necessary element of proximity that must exist between the impact assessment process and the subject matter of federal jurisdiction involved, this legislation can, in my view, be supported by the particular head of federal power invoked in each instance. In particular, the *Guidelines Order* prescribes a close nexus between the social effects that may be examined and the environmental effects generally. Section 4 requires that the social effects examined at the initial assessment stage be “directly related” to the potential environmental effects of a proposal, as does s. 25 in respect of the terms of reference under which an environmental assessment panel may operate. Moreover, where the *Guidelines Order* has application to a proposal because it affects an area of federal jurisdiction, as opposed to the other three bases for application enumerated in s. 6, the environmental effects to be studied can only be those which may have an impact on the areas of federal responsibility affected.

I should make it clear, however, that the scope of assessment is not confined to the particular head

der à un examen approfondi de questions qui relèvent exclusivement de la compétence des provinces. Toutefois, suivant mon interprétation du *Décret sur les lignes directrices*, le «ministère responsable» qui procède à l'évaluation initiale et, au besoin, la Commission d'évaluation environnementale n'ont que le mandat d'examiner les questions se rapportant directement aux domaines de compétence fédérale concernés. En conséquence, le ministère responsable ou la commission ne peuvent se servir du *Décret sur les lignes directrices* comme moyen déguisé d'envahir des champs de compétence provinciale qui ne se rapportent pas aux domaines de compétence fédérale concernés.

À cause de son caractère accessoire, l'évaluation des incidences environnementales doit «véritablement viser une institution ou une activité qui relève de la compétence législative [fédérale]»; voir l'arrêt *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, à la p. 808. Compte tenu de l'élément nécessaire de proximité qui doit exister entre le processus d'évaluation environnementale et le domaine de compétence fédérale concerné, ce texte législatif peut, à mon avis, s'appuyer sur le domaine particulier de compétence fédérale invoqué dans chaque cas. Plus particulièrement, le *Décret sur les lignes directrices* exige un rapport étroit entre les répercussions sociales susceptibles d'être examinées et les répercussions environnementales en général. Aux termes de l'art. 4, les répercussions sociales examinées, au cours de l'étape initiale d'évaluation, doivent être «directement liées» aux effets possibles de la proposition sur l'environnement, à l'instar de l'art. 25 portant sur le mandat en vertu duquel une commission d'évaluation environnementale peut agir. Par ailleurs, dans le cas où le *Décret sur les lignes directrices* s'applique à une proposition parce qu'elle a des répercussions sur un domaine de compétence fédérale, par opposition aux trois autres cas d'application prévus à l'art. 6, les répercussions environnementales à examiner sont seulement celles qui peuvent avoir une incidence sur les domaines de compétence fédérale touchés.

Toutefois, je dois préciser que l'étendue de l'évaluation n'est pas limitée au domaine particu-

of power under which the Government of Canada has a decision-making responsibility within the meaning of the term "proposal". Such a responsibility, as I stated earlier, is a necessary condition to engage the process, but once the initiating department has thus been given authority to embark on an assessment, that review must consider the environmental effect on all areas of federal jurisdiction. There is no constitutional obstacle preventing Parliament from enacting legislation under several heads of power at the same time; see *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, [1975] 2 S.C.R. 182, and *Knox Contracting Ltd. v. Canada*, [1990] 2 S.C.R. 338, at p. 350. In the case of the *Guidelines Order*, Parliament has conferred upon one institution (the "initiating department") the responsibility, in the exercise of its decision-making authority, for assessing the environmental implications on all areas of federal jurisdiction potentially affected. Here, the Minister of Transport, in his capacity of decision maker under the *Navigable Waters Protection Act*, is directed to consider the environmental impact of the dam on such areas of federal responsibility as navigable waters, fisheries, Indians and Indian lands, to name those most obviously relevant in the circumstances here.

In essence, then, the *Guidelines Order* has two fundamental aspects. First, there is the substance of the *Guidelines Order* dealing with environmental impact assessment to facilitate decision making under the federal head of power through which a proposal is regulated. As I mentioned earlier, this aspect of the *Guidelines Order* can be sustained on the basis that it is legislation in relation to the relevant subject matters enumerated in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The second aspect of the legislation is its procedural or organizational element that coordinates the process of assessment, which can in any given case touch upon several areas of federal responsibility, under the auspices of a designated decision maker, or in the vernacular of the *Guidelines Order*, the "initiating department". This facet of the legislation has as its object the regulation of the institutions and agencies of

lier de compétence à l'égard duquel le gouvernement du Canada participe à la prise de décisions au sens du terme «proposition». Cette participation, comme je l'ai déjà mentionné, est une condition nécessaire à l'application du processus; toutefois, lorsque le ministère responsable a reçu le pouvoir de procéder à l'évaluation, cet examen doit tenir compte des répercussions environnementales dans tous les domaines de compétence fédérale. Aucun obstacle constitutionnel n'empêche le Parlement d'adopter un texte législatif en vertu de plusieurs domaines de compétence en même temps; voir les arrêts *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, et *Knox Contracting Ltd. c. Canada*, [1990] 2 R.C.S. 338, à la p. 350. Dans le cas du *Décret sur les lignes directrices*, le Parlement a conféré à une institution (le «ministère responsable») la responsabilité, dans l'exercice de son pouvoir de décision, d'évaluer les répercussions environnementales sur tous les domaines de compétence fédérale susceptibles d'être touchés. En l'espèce, le ministre des Transports, à titre de décideur en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, doit examiner les incidences environnementales du barrage sur les domaines de compétence fédérale, comme les eaux navigables, les pêcheries, les Indiens et les terres indiennes, pour ne nommer que ceux qui sont le plus pertinents dans les circonstances.

Essentiellement, le *Décret sur les lignes directrices* comporte deux aspects fondamentaux. Il y a tout d'abord l'aspect de fond qui porte sur l'évaluation des incidences environnementales, dont l'objet est de faciliter la prise de décisions dans le domaine de compétence fédérale qui régit une proposition. Comme je l'ai mentionné, cet aspect du *Décret sur les lignes directrices* peut être maintenu au motif qu'il s'agit d'un texte législatif se rapportant aux matières pertinentes énumérées à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le deuxième aspect est l'élément procédural ou organisationnel coordonnant le processus d'évaluation, qui peut dans un cas donné toucher plusieurs domaines de compétence fédérale, relevant d'un décideur désigné ou, pour employer le jargon du *Décret sur les lignes directrices*, le «ministère responsable». Cette facette vise à réglementer la façon dont les

the Government of Canada as to the manner in which they perform their administrative functions and duties. This, in my view, is unquestionably *intra vires* Parliament. It may be viewed either as an adjunct of the particular legislative powers involved, or, in any event, be justifiable under the residuary power in s. 91.

The Court adopted a similar approach in the related situation that arose in *Jones v. Attorney General of New Brunswick*, *supra*. There this Court dealt with the constitutional validity, on a division of powers basis, of certain provisions of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2, the *Evidence Act* of New Brunswick, R.S.N.B. 1952, c. 74, and the *Official Languages of New Brunswick Act*, S.N.B. 1969, c. 14. The federal legislation made English and French the official languages of Canada, and the impugned provisions recognized both languages in the federal courts and in criminal proceedings. Laskin C.J. held, at p. 189:

... I am in no doubt that it was open to the Parliament of Canada to enact the *Official Languages Act* (limited as it is to the purposes of the Parliament and Government of Canada and to the institutions of that Parliament and Government) as being a law "for the peace, order and good government of Canada in relation to [a matter] not coming within the classes of subjects ... assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces". The quoted words are in the opening paragraph of s. 91 of the *British North America Act*; and, in relying on them as constitutional support for the *Official Languages Act*, I do so on the basis of the purely residuary character of the legislative power thereby conferred. No authority need be cited for the exclusive power of the Parliament of Canada to legislate in relation to the operation and administration of the institutions and agencies of the Parliament and Government of Canada. Those institutions and agencies are clearly beyond provincial reach. [Emphasis added.]

The Court went on to uphold the federal legislation on the additional grounds that it was valid under Parliament's criminal jurisdiction (s. 91(27)) and

institutions et organismes du gouvernement du Canada exercent leurs fonctions et responsabilités administratives. Cela, à mon avis, est indiscutablement *intra vires* du Parlement. Cet aspect peut être considéré comme un pouvoir accessoire de la compétence législative en cause, ou de toute façon, être justifié en vertu du pouvoir résiduel prévu à l'art. 91.

^b Dans une situation connexe, la Cour a adopté une analyse similaire dans l'arrêt *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, précité. Dans cette affaire, la Cour devait trancher la question de la constitutionnalité, en fonction du partage des compétences, de certaines dispositions de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. O-2, de l'*Evidence Act* du Nouveau-Brunswick, R.S.N.B. 1952, ch. 74, et de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, S.N.B. 1969, ch. 14. La loi fédérale faisait du français et de l'anglais les langues officielles du Canada; les dispositions attaquées reconnaissaient l'utilisation des deux langues officielles devant les tribunaux fédéraux et dans les procédures criminelles. Le juge en chef Laskin affirmé à la p. 189:

... je ne doute aucunement qu'il était loisible au Parlement du Canada d'édicter la *Loi sur les langues officielles* (restreinte qu'elle est à ce qui relève du Parlement et du gouvernement du Canada, et aux institutions de ces Parlement et gouvernement) à titre de loi «pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à [une matière] ne tombant pas dans les catégories de sujets ... exclusivement assignés aux législatures des provinces». Les termes en question sont extraits de l'alinéa liminaire de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; et, en me basant sur eux comme fondement constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles*, je ne tiens compte que du caractère purement résiduaire du pouvoir législatif qu'ils confèrent. Point n'est besoin de citer de précédent à l'appui du pouvoir exclusif du Parlement du Canada de légiférer relativement au fonctionnement et à l'administration des institutions et organismes du Parlement et du gouvernement du Canada. Ces institutions et organismes sont de toute évidence hors de la portée des provinces. [Je souligne.]

La Cour a également confirmé la loi fédérale en vertu de la compétence du Parlement en matière de droit criminel (par. 91(27)) et d'établissement de

federal power over federal courts (s. 101). Laskin C.J. also remarked that there was no constitutional impediment preventing Parliament from adding to the range of privileged or obligatory use of English and French in institutions or activities that are subject to federal control. For similar reasons, the provincial legislation providing for the use of both official languages in the courts of New Brunswick was upheld on the basis of its power over the administration of justice in the province (s. 92(14)).

In the end, I am satisfied that the *Guidelines Order* is in pith and substance nothing more than an instrument that regulates the manner in which federal institutions must administer their multifarious duties and functions. Consequently, it is nothing more than an adjunct of the federal legislative powers affected. In any event, it falls within the purely residuary aspect of the "Peace, Order, and good Government" power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. Any intrusion into provincial matters is merely incidental to the pith and substance of the legislation. It must also be remembered that what is involved is essentially an information gathering process in furtherance of a decision-making function within federal jurisdiction, and the recommendations made at the conclusion of the information gathering stage are not binding on the decision maker. Neither the initiating department nor the panel are given power to subpoena witnesses, as was the case in *Canadian National Railway Co. v. Courtois*, [1988] 1 S.C.R. 868, where the Court held that certain provisions of the *Act respecting occupational health and safety*, S.Q. 1979, c. 63, which, *inter alia*, allowed the province to investigate accidents and issue remedial orders, were inapplicable to an inter-provincial railway undertaking. I should add that Alberta's extensive reliance on that decision is misplaced. It is wholly distinguishable from the present case on several grounds, most importantly that the impugned provincial legislation there was made compulsory against a federal undertaking

tribunaux fédéraux (art. 101). Le juge en chef Laskin indique aussi que rien dans la Constitution n'empêche le Parlement d'étendre le champ de l'emploi privilégié ou obligatoire du français et de l'anglais dans les institutions ou les activités qui relèvent du contrôle fédéral. Pour des motifs semblables, la loi provinciale prévoyant l'utilisation des deux langues officielles devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick a été jugée valide en raison de la compétence des provinces en matière d'administration de la justice (par. 92(14)).

En fin de compte, je suis convaincu que, de par son caractère véritable, le *Décret sur les lignes directrices* n'est rien de plus qu'un instrument qui régit la façon dont les institutions fédérales doivent gérer leurs diverses fonctions. En conséquence, il n'est rien de plus qu'un ajout à l'exercice des compétences législatives fédérales concernées. Quoiqu'il en soit, ce texte peut être adopté en vertu du pouvoir purement résiduel à titre de loi «pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada» en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toute ingérence dans la sphère de compétence provinciale est simplement accessoire au caractère véritable du texte législatif. On doit aussi rappeler, d'une part, que le processus d'évaluation est essentiellement un processus de collecte de renseignements destiné à faciliter la prise de décisions relevant du fédéral et, d'autre part, que les recommandations présentées à la fin de l'étape de collecte de renseignements ne lient pas le décideur. Ni le ministère responsable ni la commission ne peuvent assigner des témoins à comparaître, comme c'était le cas dans l'arrêt *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868, dans lequel, la Cour a statué que certaines dispositions de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, ch. 63, qui permettaient notamment à la province d'enquêter sur les accidents et d'émettre des avis de correction, étaient inapplicables à une entreprise ferroviaire interprovinciale. Je tiens à préciser que l'Alberta a, à tort, accordé une trop grande importance à cet arrêt. Celui-ci se distingue de la présente affaire pour plusieurs motifs, le plus important étant que le texte législatif provincial attaqué dans cet arrêt était impératif à l'égard d'une entreprise fédérale

and was interpreted by the Court as regulating the undertaking.

For the foregoing reasons I find that the *Guidelines Order* is *intra vires* Parliament and would thus answer the constitutional question in the negative.

Discretion

The last substantive issue raised in this appeal is whether the Federal Court of Appeal erred in interfering with the motions judge's discretion not to grant the remedies sought, namely orders in the nature of *certiorari* and *mandamus*, on the grounds of unreasonable delay and futility. Stone J.A. found that the motions judge had erred in a way that warranted interference with the exercise of his discretion on both grounds.

The principles governing appellate review of a lower court's exercise of discretion were not extensively considered, only their application to this case. Stone J.A. cited *Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713 (C.A.), which in turn approved of the following statement of Viscount Simon L.C. in *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130, at p. 138:

The law as to the reversal by a court of appeal of an order made by the judge below in the exercise of his discretion is well-established, and any difficulty that arises is due only to the application of well-settled principles in an individual case. The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way. But if the appellate tribunal reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations such

et a été interprété par la Cour comme réglementant l'entreprise.

Pour ces motifs, je conclus que le *Décret sur les lignes directrices* est *intra vires* du Parlement et je répondrais par la négative à la question constitutionnelle.

Le pouvoir discrétionnaire

La dernière question de fond soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder la réparation sollicitée, en l'occurrence un bref de la nature d'un *certiorari* et un bref de la nature d'un *mandamus*, en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure. Le juge Stone a statué que le juge des requêtes avait commis un type d'erreur justifiant la Cour d'appel de modifier l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur les deux motifs.

Les principes qui régissent l'examen en appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'instance inférieure n'ont pas été examinés en profondeur, seule leur application aux faits de l'espèce l'a été. Le juge Stone a cité l'arrêt *Polylok Corp. c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713 (C.A.), qui approuve l'énoncé suivant du vicomte Simon, lord Chancelier, dans *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130, à la p. 138:

[TRADUCTION] La règle relative à l'annulation par une cour d'appel d'une ordonnance rendue par un juge d'une instance inférieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est bien établie, et tous les problèmes qui se présentent résultent seulement de l'application de principes déterminés à un cas particulier. Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente. Toutefois, si le tribunal d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on en n'a pas accordé du tout, à des consi-

as those urged before us by the appellant, then the reversal of the order on appeal may be justified.

That was essentially the standard adopted by this Court in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, where Beetz J. said, at p. 588:

Second, in declining to evaluate, difficult as it may have been, whether or not the failure to render natural justice could be cured in the appeal, the learned trial judge refused to take into consideration a major element for the determination of the case, thereby failing to exercise his discretion on relevant grounds and giving no choice to the Court of Appeal but to intervene. [Emphasis added.]

What, then, are the relevant considerations that should have been weighed by the motions judge in exercising his discretion? The first ground on which the motions judge exercised his discretion to refuse prerogative relief was delay. There is no question that unreasonable delay may bar an applicant from obtaining a discretionary remedy, particularly where that delay would result in prejudice to other parties who have relied on the challenged decision to their detriment, and the question of unreasonableness will turn on the facts of each case; see S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at p. 423, and D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), at pp. 373-74. The motions judge took cognizance of the period of time that elapsed between approval being granted by the Minister of Transport on September 18, 1987 and the filing of the notice of motion in this action on April 21, 1989, and the fact that the project was approximately 40 percent complete by that time. With respect, however, he ignored a considerable amount of activity undertaken by the respondent Society before taking this action, some of which was referred to by Stone J.A. I should note at this point that Stone J.A. was mistaken when he stated that this action was taken only two months after the Society became aware that approval had been granted. During cross-examination on her affidavit in support of the application, Ms. Kostuch, the vice-president of the Society, admitted that the Society became aware of the

dérations pertinentes comme celles que l'appelante a fait valoir devant nous, il est alors possible de justifier l'annulation de l'ordonnance.

C'était essentiellement le critère adopté par notre Cour dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, dans lequel, le juge Beetz affirme à la p. 588:

Deuxièmement, en refusant d'évaluer, malgré la difficulté, si le défaut de respecter la justice naturelle pouvait être corrigé en appel, le savant juge de première instance a refusé de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce; de ce fait, il n'exerçait pas son pouvoir discrétionnaire pour des motifs pertinents et ne laissait à la Cour d'appel d'autre choix que d'intervenir. [Je souligne.]

Quelles sont alors les considérations pertinentes dont le juge des requêtes aurait dû tenir compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? La question du retard est le premier motif invoqué par le juge des requêtes lorsqu'il a, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refusé d'accorder le bref de prérogative. Il n'y a pas de doute qu'un retard déraisonnable peut empêcher un requérant d'obtenir un redressement assujéti à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, notamment dans le cas où ce retard risquerait d'être préjudiciable à d'autres parties qui se seraient fiées, à leur détriment, à la décision contestée; la question du caractère déraisonnable dépendra des faits de chaque affaire; voir S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), à la p. 423, et D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), aux pp. 373 et 374. Le juge des requêtes a, d'une part, tenu compte du délai qui s'est écoulé entre l'approbation accordée par le ministre des Transports le 18 septembre 1987 et le dépôt de l'avis de requête dans la présente action le 21 avril 1989 et, d'autre part, du fait que le projet était déjà complété à environ 40 pour 100 à cette date. Toutefois, en toute déférence, il n'a pas tenu compte d'un grand nombre de mesures que la Société intimée a prises avant d'entamer la présente contestation, dont certaines ont été mentionnées par le juge Stone. Je tiens à faire remarquer que le juge Stone s'est trompé lorsqu'il a affirmé que les procédures avaient été intentées deux mois seulement après que la Société

approval on February 16, 1988, some 14 months before the present action was launched.

This was not the only action taken by the Society in opposition to the dam, however. The Society first brought an action in October 1987 seeking *certiorari* with prohibition in aid to quash an interim licence issued by the Minister of the Environment of Alberta pursuant to the *Water Resources Act*. On December 8, 1987 Moore C.J.Q.B. quashed all licences and permits issued by the Minister on the grounds that the department had not filed the requisite approvals with its application, that it had not referred the matter to the Energy Resources Conservation Board as required by s. 17 of the Act, and that the Minister's delegate had wrongfully exercised his discretion in waiving the public notice requirements set out in the Act: *Friends of the Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1987), 85 A.R. 321. Another interim licence was issued on February 5, 1988 and again the respondent brought an application to quash that licence, principally on the ground that the requirement for giving public notice had been improperly waived. The application was dismissed by Picard J. who held that the appropriate material had been filed with the application for the licence and that the Minister's delegate had acted within his jurisdiction in waiving public notice: *Friends of Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1988), 89 A.R. 339 (Q.B.).

In the meantime, the respondent Society had been petitioning the Alberta Energy Resources Conservation Board to conduct a public hearing into the hydro-electric aspects of the dam pursuant to the *Hydro and Electric Energy Act*. The Board replied on December 18, 1987 refusing the Society's request for the reason that the dam did

eut été mise au courant de la décision d'accorder l'approbation. Au cours du contre-interrogatoire relatif à son affidavit à l'appui de la demande, M^{me} Kostuch, vice-présidente, a reconnu que la Société avait été mise au courant de l'approbation le 16 février 1988, soit quelque 14 mois avant le début de la présente action.

Toutefois, la présente action n'est pas la seule engagée par la Société relativement à la construction du barrage. La Société a tout d'abord intenté une action en octobre 1987, sollicitant la délivrance d'un bref de *certiorari* assorti d'un bref de prohibition visant à annuler un permis provisoire délivré par le ministre de l'Environnement de l'Alberta conformément à la *Water Resources Act*. Le 8 décembre 1987, le juge en chef Moore de la Cour du Banc de la Reine a annulé tous les permis qui avaient été délivrés par le ministre parce que le ministère n'avait pas déposé les approbations nécessaires avec sa demande, qu'il n'avait pas soumis la question à l'examen de l'Energy Resources Conservation Board conformément à l'art. 17 de la Loi et que le délégué du ministre avait mal exercé son pouvoir discrétionnaire en renonçant aux exigences prévues dans la Loi relativement aux avis publics: *Friends of the Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1987), 85 A.R. 321. Un autre permis provisoire a été délivré le 5 février 1988; l'intimée a de nouveau présenté une demande d'annulation de ce permis, principalement au motif que l'on avait à tort renoncé aux avis publics. La demande a été rejetée par le juge Picard, qui a statué que les documents appropriés avaient été déposés en même temps que la demande de permis et que le délégué du ministre avait le pouvoir de renoncer à l'avis public: *Friends of Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)* (1988), 89 A.R. 339 (B.R.).

Entretemps, la Société intimée avait demandé à l'Energy Resources Conservation Board de l'Alberta de tenir une audience publique aux fins de l'examen des aspects hydro-électriques du barrage conformément à l'*Hydro and Electric Energy Act*. Dans sa réponse du 18 décembre 1987, le Board a refusé d'acquiescer à la demande de la Société au

not constitute a "hydro development" within the meaning of the Act. An application was taken for leave to appeal that decision to the Alberta Court of Appeal which refused leave, agreeing with the Board that the project was not a hydro development, even though it was designed to allow for the future installation of a power generating facility: *Friends of the Old Man River Society v. Energy Resources Conservation Board (Alta.)* (1988), 89 A.R. 280. Finally, Ms. Kostuch swore an information before a justice of the peace alleging that an offence had been committed under s. 35 of the *Fisheries Act*. After summonses were issued, the Attorney General for Alberta intervened and stayed the proceedings on August 19, 1988. I have already documented the correspondence directed to the federal Minister of the Environment and Minister of Fisheries and Oceans through 1987 and 1988 in which members of the Society sought to have the *Guidelines Order* invoked, all to no avail. This action was taken shortly after the Trial Division of the Federal Court in *Canadian Wildlife* held that the *Guidelines Order* was binding on the Minister of the Environment.

In my view, this chronology of events represents a concerted and sustained effort on the part of the Society to challenge the legality of the process followed by Alberta to build this dam and the acquiescence of the appellant Ministers. While these events were taking place, construction of the dam continued, despite ongoing legal proceedings, and as at the date of the hearing before this Court, counsel for Alberta advised that the dam had been substantially completed. I can find no evidence that Alberta has suffered any prejudice from any delay in taking this action; there is no indication whatever that the province was prepared to accede to an environmental impact assessment under the *Guidelines Order* until it had exhausted all legal avenues, including an appeal to this Court. The motions judge did not weigh these considerations adequately or at all. Accordingly, the Court of

motif que le barrage ne constituait pas un [TRADUCTION] «développement hydro-électrique» au sens de la Loi. Une demande d'autorisation d'appel a été présentée à la Cour d'appel de l'Alberta, qui a rejeté la demande, souscrivant à l'opinion du Board qu'il ne s'agissait pas d'un projet hydro-électrique, même s'il devait permettre l'installation future d'une centrale électrique: *Friends of the Old Man River Society v. Energy Resources Conservation Board (Alta.)* (1988), 89 A.R. 280. Enfin, M^{me} Kostuch a déposé une dénonciation devant un juge de paix dans laquelle elle allègue qu'une infraction a été commise en contravention de l'art. 35 de la *Loi sur les pêches*. Après les assignations, le procureur général de l'Alberta est intervenu et a ordonné un arrêt des procédures le 19 août 1988. J'ai déjà examiné les lettres adressées au ministre fédéral de l'Environnement et au ministre des Pêches et des Océans en 1987 et 1988, dans lesquelles des membres de la Société ont cherché en vain à faire appliquer le *Décret sur les lignes directrices*. La présente action a été intentée peu de temps après que la Section de première instance de la Cour fédérale eut décidé dans l'affaire *Fédération canadienne de la faune* que le ministre de l'Environnement était lié par le *Décret sur les lignes directrices*.

À mon avis, cette chronologie indique que la Société s'est efforcée d'une façon soutenue et concertée de contester d'une part, la légalité des mesures prises par l'Alberta relativement à la construction du barrage et d'autre part, l'acquiescement des ministres appelants. Pendant tout ce temps, la construction du barrage s'est poursuivie, en dépit des contestations judiciaires en cours; à la date de l'audience devant notre Cour, l'avocat de l'Alberta nous a informés que la construction du barrage était en grande partie achevée. Je ne crois pas qu'il existe une preuve que l'Alberta a subi un préjudice quelconque en raison d'un retard à intenter la présente action; rien n'indique que la province était disposée à consentir à une évaluation des incidences environnementales en vertu du *Décret sur les lignes directrices* avant l'épuisement de tous les recours légaux, y compris le pourvoi devant notre Cour. Le juge des requêtes n'a pas suffisamment accordé d'importance à ces considé-

Appeal was justified in interfering with the exercise of his discretion on this point.

The remaining ground for refusing to grant prerogative relief was on the basis of futility, namely that environmental impact assessment under the *Guidelines Order* would be needlessly repetitive in view of the studies that were conducted in the past. In my view this was not a proper ground to refuse a remedy in these circumstances. Prerogative relief should only be refused on the ground of futility in those few instances where the issuance of a prerogative writ would be effectively nugatory. For example, a case where the order could not possibly be implemented, such as an order of prohibition to a tribunal if nothing is left for it to do that can be prohibited; see de Smith, *supra*, at pp. 427-28. It is a different matter, though, where it cannot be determined *a priori* that an order in the nature of prerogative relief will have no practical effect. In the present case, aside from what Stone J.A. has already said concerning the qualitative differences between the process mandated by the *Guidelines Order* and what has gone before, it is not at all obvious that the implementation of the *Guidelines Order* even at this late stage will not have some influence over the mitigative measures that may be taken to ameliorate any deleterious environmental impact from the dam on an area of federal jurisdiction. I have therefore concluded that the Court of Appeal did not err in interfering with the motions judge's exercise of discretion to deny the relief sought.

On the matter of costs, it is my view that this is a proper case for awarding costs on a solicitor-client basis to the respondent Society, given the Society's circumstances and the fact that the federal Ministers were joined as appellants even though they did not earlier seek leave to appeal to this Court.

rations ou les a ignorées. En conséquence, la Cour d'appel était justifiée de modifier l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur ce point.

a

L'autre motif du refus de délivrer un bref de prérogative se fondait sur la futilité de la procédure, savoir que l'évaluation des incidences environnementales en vertu du *Décret sur les lignes directrices* serait inutilement répétitive en raison des études réalisées dans le passé. À mon avis, ce motif ne pouvait justifier un refus dans les circonstances. La délivrance d'un bref de prérogative devrait être refusée pour motif de futilité seulement dans les rares cas où sa délivrance serait vraiment inefficace. Par exemple, le cas où l'ordonnance ne pourrait pas être exécutée, savoir une ordonnance de prohibition à l'encontre d'un tribunal s'il ne lui reste rien à faire qui puisse être interdit; voir de Smith, *op. cit.*, aux pp. 427 et 428. Ce n'est pas du tout la même situation lorsque l'on ne peut déterminer à priori qu'une ordonnance de la nature d'un bref de prérogative n'aura aucune incidence sur le plan pratique. En l'espèce, mis à part ce que le juge Stone a déjà dit relativement aux différences du point de vue qualitatif entre l'évaluation prévue par le *Décret sur les lignes directrices* et les études antérieures, il n'est pas du tout évident que l'application du *Décret sur les lignes directrices*, même à cette étape tardive, n'aura pas un certain effet sur les mesures susceptibles d'être prises pour atténuer toute incidence environnementale néfaste que pourrait avoir le barrage sur un domaine de compétence fédérale. En conséquence, je conclus que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en modifiant la décision du juge des requêtes de refuser, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le redressement sollicité.

En ce qui concerne les dépens, à mon avis, il s'agit d'un cas où il est approprié d'accorder les dépens comme entre procureur et client à la Société intimée, compte tenu de la situation de cette dernière et du fait que les ministères fédéraux ont été joints comme appelants même s'ils n'avaient pas auparavant présenté une demande d'autorisation de pourvoi à notre Cour.

Disposition

For these reasons, I would dismiss the appeal, with the exception that there shall be no order in the nature of mandamus directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the *Guidelines Order*, with solicitor and client costs to the respondent throughout. I would answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J. (dissenting)—I have had the benefit of reading the judgment of my colleague La Forest J. and respectfully disagree with him on three points. In my view:

1. The Crown is not bound by the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22 (“*N.W.P.A.*”).

2. The Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 18, wrongly interfered with the discretion exercised by the motions judge in refusing the prerogative remedy.

3. The appellants should not be called upon to pay costs on a solicitor and client basis.

I agree with his analysis of the constitutional questions and with his interpretation of the provisions implementing the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467.

1. Crown Immunity

The question here is a simple one: is the Crown bound by the *N.W.P.A.*? For the purposes of this discussion, no distinction is to be drawn between the federal and provincial Crowns. The Crown is indivisible for this purpose: *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225, at pp. 272-73.

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi, sauf qu’il ne sera pas délivré de bref de la nature d’un *mandamus* ordonnant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer au *Décret sur les lignes directrices*, avec dépens comme entre procureur et client en faveur de l’intimée dans toutes les cours. Je suis d’avis de répondre par la négative à la question constitutionnelle.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON (dissident)—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et, avec égards, je ne suis pas d’accord avec lui sur trois points. À mon avis:

1. La Couronne n’est pas liée par la *Loi sur la protection des eaux navigables*, L.R.C. (1985), ch. N-22 («*L.P.E.N.*»).

2. La Cour d’appel fédérale, [1990] 2 C.F. 18, a commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder le bref de prérogative.

3. Les appelants ne devraient pas être contraints de payer les dépens comme entre procureur et client.

Je suis d’accord avec son analyse des questions constitutionnelles et avec son interprétation des dispositions de mise en œuvre du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d’évaluation et d’examen en matière d’environnement*, DORS/84-467.

1. L’immunité de la Couronne

En l’espèce, la question est simple: la Couronne est-elle liée par la *L.P.E.N.*? Pour les fins de la présente analyse, je n’établis pas de distinction entre les Couronnes fédérale et provinciales. La Couronne est indivisible à cette fin: *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225, aux pp. 272 et 273.

Pursuant to the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 (formerly R.S.C. 1970, c. I-23), the Crown is not bound by legislation unless it is mentioned or referred to in the legislation. This has been interpreted in *Alberta Government Telephones*, at p. 281, as follows:

It seems to me that the words "mentioned or referred to" in s. 16 [now s. 17] are capable of encompassing: (1) expressly binding words ("Her Majesty is bound"); (2) a clear intention to bind which, in *Bombay* terminology, "is manifest from the very terms of the statute", in other words, an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions, as in *Ouellette*, *supra*; and, (3) an intention to bind where the purpose of the statute would be "wholly frustrated" if the government were not bound, or, in other words, if an absurdity (as opposed to simply an undesirable result) were produced. These three points should provide a guideline for when a statute has clearly conveyed an intention to bind the Crown.

All parties agree that there are no words in the *N.W.P.A.* "expressly binding" the Crown. In my view, it also cannot be said that a clear intention to bind the Crown "is manifest from the very terms of the statute". In making that determination, one is confined to the four corners of the statute. We must not forget that *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (P.C.), is no longer applicable in light of the express provisions of the *Interpretation Act*, except to the extent that it is adopted as it was in *Alberta Government Telephones*, which I take to be governing.

The respondent Society must therefore show that excluding the Crown would wholly frustrate the purpose of the *N.W.P.A.* or produce an absurdity. I am reminded by the Privy Council in *Bombay* that if the intention is to bind the Crown, "nothing is easier than to say so in plain words" (p. 63).

Does the failure to include the Crown work an absurdity? It is not enough that there be a gap: *Alberta Government Telephones*, at p. 283. The *N.W.P.A.* applies to private and municipal under-

Conformément à la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21 (auparavant S.R.C. 1970, ch. I-23), nul texte législatif ne lie la Couronne, sauf dans la mesure qui y est mentionnée ou prévue. La portée de ces termes a été interprétée dans l'arrêt *Alberta Government Telephones*, à la p. 281:

Il me semble que les termes «mentionnée ou prévue» contenus à l'art. 16 [maintenant l'art. 17] peuvent comprendre: (1) des termes qui lient expressément la Couronne («Sa Majesté est liée»); (2) une intention claire de lier qui, selon les termes de l'arrêt *Bombay*, «ressort du texte même de la loi», en d'autres termes, une intention qui ressorte lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions, comme dans l'arrêt *Ouellette*, précité; et (3) une intention de lier lorsque l'objet de la loi serait «privé [. . .] de toute efficacité» si l'État n'était pas lié ou, en d'autres termes, s'il donnait lieu à une absurdité (par opposition à un simple résultat non souhaité). Ces trois éléments devraient servir de guide lorsqu'une loi comporte clairement une intention de lier la Couronne.

Toutes les parties sont d'avis que la *L.P.E.N.* ne renferme pas de termes qui «lient expressément» la Couronne. À mon avis, on ne peut soutenir qu'il existe une intention claire de lier la Couronne, qui «ressort du texte même de la loi». En prenant cette décision, on doit se limiter à ce que dit le texte législatif. Nous ne devons pas oublier que l'arrêt *Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay*, [1947] A.C. 58 (C.P.), n'est plus applicable compte tenu des dispositions expresses de la *Loi d'interprétation*, sauf dans la mesure où il est adopté comme dans l'arrêt *Alberta Government Telephones*, qui, à mon avis, est l'arrêt de principe.

La Société intimée doit en conséquence démontrer que la *L.P.E.N.* serait privée de toute efficacité ou donnerait lieu à une absurdité si la Couronne n'était pas liée. Je dois garder à l'esprit l'arrêt *Bombay*, dans lequel le Conseil privé a dit que si l'intention du législateur est de lier la Couronne, [TRADUCTION] «rien de plus facile que de le dire en toutes lettres» (p. 63).

Si la Couronne n'est pas liée, cette situation donne-t-elle lieu à une absurdité? L'existence d'un vide ne suffit pas: *Alberta Government Telephones*, à la p. 283. La *L.P.E.N.* s'applique aux entreprises

takings and a moment's reflection reveals that there are many non-governmental agencies whose activities are thus subject to the *N.W.P.A.* There is thus no emasculation of the *N.W.P.A.*

Nor are the courts to assume bad faith on the part of the Crown in carrying out activities which might otherwise be regulated.

If the Crown interferes with public rights of navigation, that wrong is remediable by action. In short, there is no ground for saying that the *N.W.P.A.* will be frustrated by actions of government. There is ample scope in the regulation of non-governmental activities, and it cannot be said the object of the *N.W.P.A.* is frustrated.

I must mention briefly an argument that in invoking the *N.W.P.A.*, the appellant Alberta accepted the burden of the environmental regulation regime. There is no significant benefit in approval under the *N.W.P.A.* Tort actions may still lie. The *N.W.P.A.* does not expressly confer benefits of any type. Moreover, it is not clear that approval under s. 5 of the *N.W.P.A.* would necessarily provide any protection from possible actions in tort. In *Champion v. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216 (S.C.C.), Fitzpatrick C.J. of this Court held at pp. 218-19 that:

In considering the interpretation to be put upon this Act [the *N.W.P.A.*, R.S.C. 1906, c. 115], it must be borne in mind that every work constructed in navigable waters is not necessarily such an interference with navigation as to constitute an illegal obstruction. It may, however, be so and, as such, liable to be removed by the proper authority. It is therefore of great advantage to persons proposing to construct works for which there is no sanction to be able to obtain beforehand the approval of the Governor-in-Council under sec. 7; the provision is, however, purely permissive and the section does not provide for any consequences following upon the approval, certainly not that it shall render legal anything which would be illegal. Any interference with a public right of navigation is a nuisance which the Courts can

privées et municipales; réflexion faite, on se rend compte qu'il existe de nombreux organismes non gouvernementaux dont les activités sont régies par la *L.P.E.N.* L'objet de la *L.P.E.N.* n'est donc pas annihilé.

Par ailleurs, les tribunaux ne concluront pas à la mauvaise foi de la Couronne lorsqu'elle exerce des activités qui pourraient à d'autres égards être réglementées.

Si la Couronne porte atteinte aux droits publics de navigation, il est possible de la poursuivre en justice. Bref, on ne peut soutenir que la *L.P.E.N.* sera privée d'efficacité en raison des actes de l'État. La réglementation des activités non gouvernementales est vaste et on ne peut soutenir que l'objet de la *L.P.E.N.* est privé d'efficacité.

Il me faut mentionner brièvement l'argument que l'appelante l'Alberta, en invoquant l'application de la *L.P.E.N.*, aurait accepté d'être assujettie à la réglementation en matière environnementale. Il n'y a pas d'avantage important lié à l'approbation en vertu de la *L.P.E.N.* Il peut y avoir ouverture à responsabilité civile. La *L.P.E.N.* ne confère pas expressément d'avantages. Par ailleurs, il n'est pas évident que l'approbation accordée en vertu de l'art. 5 de la *L.P.E.N.* écarterait la possibilité de responsabilité civile. Dans l'arrêt *Champion c. City of Vancouver*, [1918] 1 W.W.R. 216 (C.S.C.), le juge en chef Fitzpatrick de notre Cour a statué, aux pp. 218 et 219, que:

[TRADUCTION] Dans l'examen de l'interprétation à donner à cette loi [la *L.P.E.N.*, S.R.C. 1906, ch. 115], on doit se rappeler que tout ouvrage construit dans les eaux navigables ne gêne pas nécessairement la navigation de façon à constituer une obstruction illégale. Cependant, dans l'affirmative, l'ouvrage pourrait être enlevé par l'autorité compétente. En conséquence, il est à l'avantage des personnes qui se proposent de construire des ouvrages, pour lesquels il n'existe pas de sanction, de pouvoir obtenir, préalablement au début des travaux, l'approbation du gouverneur en conseil en vertu de l'art. 7; cette disposition ne fait toutefois qu'accorder une permission et ne prévoit pas de conséquences une fois l'approbation obtenue; elle ne rendrait certainement pas légal un ouvrage qui serait illégal. Toute atteinte à

order abated notwithstanding any approval by the Governor-in-Council under sec. 7. [Emphasis added.]

2. Discretion

The remedies sought by the respondent Society are discretionary: *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 574: "The principle that *certiorari* and *mandamus* are discretionary remedies by nature cannot be disputed", and D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), at pp. 372-73.

Interference by an appellate court is only warranted when a lower court has "gone wrong in principle" or "has given no weight (or no sufficient weight) to those considerations which ought to have weighed with [it]": *Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 F.C. 713 (C.A.), at p. 724.

The Federal Court of Appeal was clearly wrong in dismissing the motions judge's conclusion on the question of delay, which it was "not persuaded" was well-founded in principle. The Court of Appeal says the respondent Society did not become aware of the grant of the approval under the *N.W.P.A.* until some two months before the proceedings were actually launched. In fact, it knew of the approval some 14 months beforehand and the principal promoters of the Society knew even before then.

The common law has always imposed a duty on an applicant to act promptly in seeking extraordinary remedies:

Owing to their discretionary nature, extraordinary and ordinary review remedies must be exercised promptly. Donaldson J. of the Court of Appeal of England aptly explained the principle in *R. v. Aston University Senate*

un droit public de navigation est une nuisance à laquelle les tribunaux peuvent mettre fin, nonobstant l'approbation qu'aurait pu donner le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 7. [Je souligne.]

a

2. Le pouvoir discrétionnaire

Les redressements sollicités par la Société intimée sont discrétionnaires: *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 574: «On ne peut contester le principe que le *certiorari* et le *mandamus* sont par nature des recours discrétionnaires», et D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (1985), aux pp. 372 et 373.

c

Une cour d'appel est justifiée d'intervenir seulement lorsque le tribunal d'instance inférieure a «commis une erreur de principe» ou «n'a pas accordé d'importance (ou qu'il n'a pas accordé suffisamment d'importance) aux considérations dont il aurait dû tenir compte.»: *Polylok Corp. c. Montreal Fast Print (1975) Ltd.*, [1984] 1 C.F. 713 (C.A.), aux pp. 724 et 725.

d

e

La Cour d'appel fédérale a clairement commis une erreur en rejetant la conclusion du juge des requêtes relativement à la question du retard, conclusion dont elle «doute» qu'elle soit bien fondée dans son principe. La Cour d'appel affirme que la Société intimée n'a eu connaissance de la décision d'accorder l'approbation en vertu de la *L.P.E.N.* qu'environ deux mois avant que les procédures ne soient entamées. En fait, l'intimée avait été mise au courant de l'approbation quelque 14 mois auparavant et les principaux promoteurs de la Société le savaient même avant.

f

g

h

La common law a toujours exigé du requérant qu'il agisse avec diligence lorsqu'il sollicite des recours extraordinaires:

i

En raison de leur caractère discrétionnaire, les recours en révision judiciaire, extraordinaires ou ordinaires, doivent être exercés avec diligence. Comme le rappelait dans un langage imagé le juge Donaldson, de la Cour

[[1969] 2 Q.B. 538, at p. 555]: "The prerogative remedies are exceptional in their nature and should not be made available to those who sleep upon their rights".

(R. Dussault and L. Borgeat, *Administrative Law* (2nd ed. 1990), vol. 4, at pp. 468-69.)

That duty was recognized by Laskin C.J. on behalf of this Court in *P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1976] 2 S.C.R. 739, at p. 749:

In my opinion, discretionary bars are as applicable to the Attorney General on motions to quash as they admittedly are on motions by him for prohibition or in actions for declaratory orders. The present case is an eminently proper one for the exercise of discretion to refuse the relief sought by the Attorney General. Foremost among the factors which persuade me to this view is the unexplained two year delay in moving against the Anti-dumping Tribunal's decision. [Emphasis added.]

The importance of acting promptly when seeking prerogative relief has also been recognized in much of the legislation now governing judicial review. For example, Ontario's *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. J.1, empowers a court to extend the prescribed time for initiating an application for judicial review, but only where it is satisfied that there are *prima facie* grounds for relief and no substantial prejudice or hardship will result to those who would be affected by the delay (s. 5). Under British Columbia's *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, an application for judicial review may be barred by the effluxion of time if a court considers that substantial prejudice or hardship will result by reason of the delay (s. 11). The *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 28(2) stipulates that an application for judicial review before the Federal Court of Appeal must be made within ten days from the time the impugned decision or order is first communicated. That time limit can only be extended with leave of the court. In Alberta, Rule 753.11(1) of the *Alberta Rules of Court* (Alta. Reg. 390/68) stipulates that where the relief sought is the setting aside of a decision or act, the application for judicial review

d'appel de l'Angleterre, dans *R. v. Aston University Senate* [[1969] 2 Q.B. 538, à la p. 555]: [TRADUCTION] «Les réparations par voie de brefs de prérogative sont de nature exceptionnelle et ils ne devraient pas être mis à la disposition de ceux qui tardent à exercer leurs droits».

(R. Dussault et L. Borgeat, *Traité de droit administratif* (2^e éd. 1989), t. III, à la p. 660.)

Le juge en chef Laskin de notre Cour a reconnu cette obligation dans l'arrêt *P.P.G. Industries Canada Ltd. c. Procureur général du Canada*, [1976] 2 R.C.S. 739, aux pp. 749 et 750:

À mon avis, les requêtes en annulation déposées par le procureur général sont sujettes au pouvoir discrétionnaire des tribunaux tout autant que le sont sans conteste ses requêtes pour l'obtention d'un bref de prohibition ou ses demandes de jugement déclaratoire. La présente cause est éminemment propice à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet de refuser le redressement demandé par le procureur général. Au premier rang des facteurs qui m'inclinent en ce sens il y a le retard inexplicé de deux ans qui a précédé la contestation de la décision du Tribunal antidumping. [Je souligne.]

L'importance d'agir avec diligence dans les demandes de bref de prérogative a également été reconnue dans la plupart des textes législatifs qui régissent maintenant la révision judiciaire. Par exemple, la *Loi sur la procédure de révision judiciaire* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. J.1, permet à un tribunal de proroger le délai fixé pour présenter une requête en révision judiciaire, mais seulement s'il est convaincu qu'il existe à première vue un motif pour accorder le redressement et qu'aucune personne touchée par la prorogation ne subira de préjudice grave (art. 5). En vertu de la *Judicial Review Procedure Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 209, une demande de révision judiciaire peut être prescrite par l'écoulement du temps dans le cas où un tribunal estime que le retard causerait un préjudice important (art. 11). Le paragraphe 28(2) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dispose que toute demande de révision judiciaire devant la Cour d'appel fédérale doit être présentée dans les dix jours qui suivent la première communication de la décision ou de l'ordonnance attaquée. Ce délai ne peut être prorogé qu'avec l'autorisation de la cour. En Alberta, le par. 753.11(1) des *Alberta Rules of*

must be filed and served within six months after that decision or act. Finally, in art. 835.1 of Quebec's *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, which applies to all extraordinary remedies, it is stipulated that motions must be served "within a reasonable time". The Court of Appeal of Quebec held in *Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) v. Turcotte*, [1984] C.A. 316, at p. 318, that: [TRANSLATION] "This article [835.1] merely codified the common law rule that the remedy must be exercised within a reasonable time".

By the time this application was brought, the dam was 40 percent complete. A significant amount of public money had already been spent. It is a matter of public record that individual members of the respondent Society were aware of the approval issued under the *N.W.P.A.* prior to February, 1988. Even if such were not the case, the respondent Society still could have launched its action in early 1988. At that time, major construction had not yet taken place. Had the respondent Society initiated proceedings then as compared to April of 1989, the appellant Alberta would have been in a much better position objectively to assess any potential legal risk associated with continuing. Faced with the possibility of invalid federal approval, it may well have chosen at that point not to put out the public funds that it did.

After years of extensive planning, innumerable public hearings, environmental studies and reports, and after the establishment of various councils and committees for the purpose of reviewing proposals that were put forward, the appellant Alberta embarked upon an enormous undertaking to meet the needs of its constituents. It did so at the expense of the public. And it did so after having been advised by the federal government that it could legitimately proceed. The Oldman River dam no doubt necessitates comprehensive administration. Its construction also involves a significant

Court (Alta. Reg. 390/68) dispose que si le redressement sollicité est l'annulation d'une décision ou d'un acte, la demande de révision judiciaire doit être déposée et signifiée dans les six mois qui suivent la décision ou l'acte en question. Enfin, l'art. 835.1 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25, qui s'applique à tous les recours extraordinaires, dispose que la requête doit être signifiée «dans un délai raisonnable». La Cour d'appel du Québec a statué dans l'arrêt *Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) c. Turcotte*, [1984] C.A. 316, à la p. 318: «Cet article [835.1] n'a fait que codifier la règle de la *common law* que ce recours doit être exercé dans un délai raisonnable.»

Au moment où le présent recours a été exercé, le barrage était complété à 40 pour 100. Un bon montant de deniers publics avait déjà été dépensé. Il est établi que les membres de la Société intimée étaient au courant de l'approbation accordée sous le régime de la *L.P.E.N.* avant le mois de février 1988. Même s'ils ne l'étaient pas, la Société intimée aurait pu intenter son action au début de 1988. À cette époque, les travaux importants de construction n'avaient pas encore commencé. Si la Société intimée avait alors intenté ses poursuites au lieu de le faire en avril 1989, l'appelante l'Alberta aurait été en bien meilleure position pour évaluer objectivement tout risque juridique lié à la poursuite des travaux. Face à l'éventuelle invalidité de l'approbation du fédéral, elle aurait bien pu décider alors de ne pas investir les deniers publics comme elle l'a fait.

Après avoir consacré de nombreuses années à une planification intense, tenu d'innombrables audiences publiques, réalisé un grand nombre d'études et de rapports en matière d'environnement et établi divers conseils et comités chargés de l'examen des propositions présentées, l'appelante l'Alberta s'est lancée dans une entreprise d'envergure pour répondre aux besoins de ses électeurs. Elle l'a fait aux frais du public, mais après avoir été avisée par le gouvernement fédéral qu'elle pouvait légitimement le faire. Le barrage de la rivière Oldman nécessite certes une administration glo-

number of contracts with third parties. Given the enormity of the project and the interests at stake, it was unreasonable for the respondent Society to wait 14 months before challenging the decision of the Minister of Transport. In the context of this case, it was imperative that the respondent Society respect the common law duty to act promptly.

Had the respondent Society acted more promptly, the appellant Alberta would have been able to assess its position without regard to the economic and administrative commitment that was a reality by the time these proceedings were launched. It is impossible to conclude that the appellant Alberta was not prejudiced by the delay. Moreover, the motions judge made a finding on prejudice, and found that there was no justification for waiting to launch the attack until the dam was nearly 40 percent completed.

The rationale for requiring applicants for prerogative relief to act promptly is to enable their erstwhile respondents to act upon the authority given to them. The applicant cannot invoke the fact that the respondent did what he or she was legally entitled to do as an answer to its own delay. Such a view would put a premium on delay and deliver the wrong message to those who plan prerogative challenges.

My colleague, La Forest J., would also give some weight to the fact that the appellant Alberta was aware of the opposition of the respondent Society and others because of the other unsuccessful challenges by the Society and others. In my view, those challenges are completely irrelevant to this question. Those attacks were all ill-founded, and the appellant Alberta was not bound to expect that these peripheral and collateral proceedings presaged a fundamental attack on the original permit. The fact that detractors are harassing a travelling train does not put one on guard against the proposition that they are going to attack the authority to depart in the first instance. In my opinion, those activities need not have been taken into consideration by the motions judge. None of the activities undertaken by the Society or its

bale. Sa construction comporte également un nombre important de contrats avec des tiers. Compte tenu de l'envergure du projet et des intérêts en jeu, il n'était pas raisonnable que la Société intimée attende 14 mois avant de contester la décision du ministre des Transports. Dans le présent contexte, la Société intimée devait absolument respecter l'obligation de diligence de la common law.

Si la Société intimée avait agi d'une façon plus diligente, l'appelante l'Alberta aurait pu évaluer sa position sans tenir compte de l'engagement économique et administratif qui était mis en œuvre au moment où les présentes procédures ont été intentées. Il est impossible de conclure que l'appelante l'Alberta n'a pas subi de préjudice en raison du retard. Par ailleurs, le juge des requêtes a évalué le préjudice et a statué que rien ne justifiait d'attendre pour entamer la présente contestation que le barrage soit complété pour près de 40 pour 100.

On exige que les auteurs d'une demande de bref de prerogative agissent avec diligence pour permettre aux intimés de donner suite au pouvoir qui leur est conféré. Le requérant ne peut justifier son retard en soutenant que l'intimé a fait ce qu'il avait légalement le droit de faire. Ce point de vue favoriserait les retards et induirait en erreur les personnes qui ont l'intention de présenter une demande de bref de prerogative.

Mon collègue le juge La Forest accorderait également une certaine importance au fait que l'appelante l'Alberta était au courant de l'opposition de la Société intimée et des autres parties en raison des autres contestations infructueuses intentées par celles-ci. À mon avis, ces contestations ne sont aucunement pertinentes en l'espèce. Elles étaient toutes mal fondées et l'appelante l'Alberta n'avait pas à s'attendre que ces poursuites connexes et incidentes laissent présager une contestation fondamentale du permis initial. Le fait que des détracteurs manifestent du mécontentement au sujet d'un train en marche ne nous met pas en garde contre la possibilité qu'ils en contestent l'autorisation de mise en route. À mon avis, le juge des requêtes n'avait pas à tenir compte de ces activités. Aucune des activités de la Société ou de ses membres

members precluded the respondent Society from undertaking this challenge.

The activities referred to by my colleague were qualitatively different from that which is sought in this action, and irrelevant to the issue at hand. The applications for *certiorari* brought by the respondent Society in October 1987 and early 1988 respectively, were directed at interim licences issued by Alberta's Minister of Environment pursuant to that province's *Water Resources Act*, R.S.A. 1980, c. W-5. The petitioning of the Alberta Energy Resources Conservation Board focused on the hydro-electric aspects of the dam. The information sworn before a justice of the peace alleged an offence pursuant to the federal *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.

This action centres on the constitutionality and applicability of the *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*. It raises new and different issues. The previous efforts of the respondent Society were not necessary preliminaries; they were separate and distinct from the relief sought here. It is my view that in determining whether he should exercise his discretion against the respondent Society, Jerome A.C.J. was obliged to look only at those factors which he considered were directly connected to the application before him. He was clearly in the best position to assess the relevancy of that put forward by the parties. Interference with his exercise of discretion is not warranted unless it can be said with certainty that he was wrong in doing what he did. For the reasons stated above, I am of the opinion that the test has not been met in this case.

3. Costs

I see no justification for awarding the respondent Society costs on a solicitor and client basis. The general rule in this Court is that a successful party recovers costs on the usual party and party basis. That was the rule applied by the courts below. My colleague proposes an award of solici-

n'empêchait la Société intimée d'entamer la présente contestation.

Les activités mentionnées par mon collègue étaient qualitativement différentes de celles visées par la présente action et n'ont aucune pertinence en l'espèce. Les demandes de bref de *certiorari* présentées par la Société intimée en octobre 1987 et au début de 1988 visaient des permis provisoires délivrés par le ministre de l'Environnement de l'Alberta, sous le régime de la *Water Resources Act*, R.S.A. 1980, ch. W-5, de cette province. La demande auprès de l'Energy Resources Conservation Board de l'Alberta portait sur les aspects hydroélectriques du barrage. La dénonciation faite sous serment devant un juge de paix mentionnait une infraction de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.

Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité et l'applicabilité du *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement*. Il soulève des questions nouvelles et différentes. Les efforts déployés auparavant par la Société intimée n'étaient pas des préliminaires nécessaires; il s'agissait là de recours distincts et différents du redressement sollicité en l'espèce. À mon avis, pour déterminer s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire contre la Société intimée, le juge en chef adjoint Jerome devait examiner seulement les facteurs qui, selon lui, se rattachaient directement à la demande dont il était saisi. Il était clairement le mieux placé pour évaluer la pertinence de ce que les parties lui ont présenté. On n'est justifié d'intervenir à l'égard de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, que si l'on peut affirmer avec certitude qu'il a eu tort de procéder ainsi. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de conclure que l'on n'a pas satisfait à ce critère en l'espèce.

3. Les dépens

À mon avis, il n'est pas justifié d'adjuger les dépens comme entre procureur et client en faveur de la Société intimée. En règle générale devant notre Cour, la partie qui a gain de cause a droit aux dépens sur la base des frais entre parties. C'est la règle que les tribunaux d'instance inférieure ont

tor and client costs extending to the courts below. I see no ground for suggesting they were in error, and I see no ground for our departing from our own general rule. Public interest groups must be prepared to abide by the same principles as apply to other litigants. Were we to produce special rules for such litigants, we would jeopardize an important principle: those undertaking litigation must be prepared to accept some responsibility for the costs. I see nothing here to justify calling upon the taxpayers to meet the solicitor and client costs of this party.

4. Conclusion

I would allow the appeal with costs.

Appeal dismissed, with the exception that there should be no order in the nature of mandamus directing the Minister of Fisheries and Oceans to comply with the federal environmental guidelines order. STEVENSON J. is dissenting.

Solicitors for the appellant Her Majesty the Queen in right of Alberta: Milner & Steer, Edmonton.

Solicitor for the appellants the Minister of Transport and the Minister of Fisheries and Oceans: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-K. Samson, Alain Gingras and Denis Lemieux, Ste-Foy.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

appliquée. Mon collègue propose une adjudication des dépens comme entre procureur et client dans toutes les cours. Rien n'indique que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur et je ne vois pas pourquoi il faudrait déroger à notre règle générale. Les groupes d'intérêt public doivent être disposés à se plier aux mêmes principes que les autres plaideurs. Si l'on établissait des règles spéciales pour ces groupes, on mettrait en danger l'application d'un important principe: ceux qui intentent des poursuites doivent être disposés à accepter une certaine responsabilité quant aux dépens. En l'espèce, je ne vois rien qui justifie d'imposer aux contribuables qu'ils assument les dépens comme entre procureur et client pour le compte de cette partie.

4. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté, sauf qu'il ne sera pas délivré de bref de la nature d'un mandamus ordonnant au ministre des Pêches et des Océans de se conformer aux lignes directrices fédérales en matière d'environnement. Le juge STEVENSON est dissident.

Procureurs de l'appelante Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta: Milner & Steer, Edmonton.

Procureur des appelants le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-K. Samson, Alain Gingras et Denis Lemieux, Ste-Foy.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Paul D. Dicks, St. John's.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Paul D. Dicks, St. John's.

Solicitor for the intervener the Minister of Justice of the Northwest Territories: The Department of Justice, Yellowknife.

Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice des Territoires du Nord-Ouest: Le ministère de la Justice, Yellowknife.

Solicitors for the intervener National Brotherhood/Assembly of First Nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Fraternité des Indiens du Canada/l'Assemblée des Premières Nations: Hutchins, Soroka & Dionne, Montréal.

Solicitors for the intervener the Dene Nation and the Metis Association of the Northwest Territories: McCuaig Desrochers, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante la Nation dénée et l'Association des Métis des Territoires du Nord-Ouest: McCuaig Desrochers, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Native Council of Canada (Alberta): McCuaig Desrochers, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Conseil national des autochtones du Canada (Alberta): McCuaig Desrochers, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Sierra Legal Defence Fund, the Canadian Environmental Law Association, the Sierra Club of Western Canada, the Cultural Survival (Canada), and the Friends of the Earth: Gregory J. McDade, Vancouver; Judith B. Hanebury, Calgary.

Procureurs des intervenants le Sierra Legal Defence Fund, l'Association canadienne du droit de l'environnement, le Sierra Club of Western Canada, Survie culturelle (Canada), et les Amis de la Terre: Gregory J. McDade, Vancouver; Judith B. Hanebury, Calgary.

Solicitor for the intervener the Alberta Wilderness Association: Martin W. Mason, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Alberta Wilderness Association: Martin W. Mason, Ottawa.

Craig Alexander Bain *Appellant*

Craig Alexander Bain *Appellant*

v.

c.

Her Majesty The Queen *Respondent*

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

and

et

The Attorney General of Canada *Intervener*

^b **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

INDEXED AS: R. v. BAIN

RÉPERTORIÉ: R. c. BAIN

File No.: 21401.

^c N° du greffe: 21401.

1991: June 26; 1992: January 23.

1991: 26 juin; 1992: 23 janvier.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Constitutional law — Charter of Rights — Right to impartial tribunal — Jury selection — Crown's right to stand jurors aside — Peremptory challenges — Whether s. 563 of the Criminal Code inconsistent with s. 11(d) — If so, whether saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562(1), (2), (3), 563(1), (2), (3), 567(1)(a), (b), (c), (e), (f), (2), 570(1), (2).

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit d'être jugé par un tribunal impartial — Sélection des jurés — Droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart — Récusations péremptoires — L'article 563 du Code criminel est-il incompatible avec l'art. 11d)? — Si oui, est-il justifié en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562(1), (2), (3), 563(1), (2), (3), 567(1)a), b), c), e), f), (2), 570(1), (2).*

Criminal law — Jury selection — Crown's right to stand jurors aside — Peremptory challenges — Whether s. 563 of the Criminal Code inconsistent with s. 11(d) — If so, whether saved by s. 1.

^f *Droit criminel — Sélection des jurés — Droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart — Récusations péremptoires — L'article 563 du Code criminel est-il incompatible avec l'art. 11d)? — Si oui, est-il justifié en vertu de l'article premier?*

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Accused wishing to know if lawyer hired — Accused asked if father had telephoned — Question answered literally by police and accused not told that lawyer hired by his father — Accused interviewed and statements made — Whether or not statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

^g *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé voulait savoir si les services d'un avocat avaient été retenus — L'accusé a demandé si son père avait téléphoné — Les policiers ont répondu littéralement à la question sans informer l'accusé que son père avait retenu les services d'un avocat — L'accusé a été interrogé et a fait des déclarations — Ces déclarations sont-elles admissibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).*

Evidence — Admissibility — Infringement of right to counsel — Accused interviewed and statements made — Whether or not statements admissible.

^h *Preuve — Admissibilité — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé a été interrogé et a fait des déclarations — Ces déclarations sont-elles admissibles?*

The police arrested appellant for sexual assault and informed him of his rights to counsel and to silence. The appellant's father had been unable to retain a lawyer when appellant was taken into custody and was to call when he had retained one. The lawyer, who was retained shortly afterwards, telephoned the police. The police told him of the circumstances of the investigation and that the appellant would probably be released later that day; he in turn told the police officer not to take any statement from the appellant until he was present. Appellant testified that he asked the officer whether his father had called, that he was told that he had not and that he could contact his father later. The officer did not inform the appellant that his father had retained a lawyer or that the lawyer had telephoned. The police officers initiated an interrogation of the appellant. The admissibility of evidence—first, that allegedly given in the police car and, second, that given later during the interrogation conducted after a lawyer had been retained—was disputed. Only the former was admitted at trial.

Appellant was tried before a judge and jury. Following arraignment, but before the first prospective juror was asked to step forward, the court ruled, on a motion by appellant's counsel, that both the Crown and the defence each be limited to four peremptory challenges and that the Crown be denied the power to stand jurors by. The court noted the Crown's objection. The jurors were then selected with both the defence and the Crown exercising their four peremptory challenges.

The jury acquitted the appellant. The Court of Appeal, however, allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The appellant appealed as of right and two constitutional questions were stated: whether ss. 562 and 563 of the *Criminal Code* were inconsistent with s. 11(d) or s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether ss. 562 and/or 563 were justified by s. 1. Also at issue was whether the trial judge erred in excluding the statements made after the lawyer had been retained.

Held (Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Sections 563(1) and (2) of the *Criminal Code* were inconsistent with s. 11(d) of the *Charter*; this violation was not justified under s. 1.

La police a arrêté l'appelant pour agression sexuelle et l'a avisé de son droit à l'assistance d'un avocat et de son droit de garder le silence. Le père de l'appelant n'avait pu retenir les services d'un avocat lorsque l'appelant a été amené sous garde et il devait téléphoner aux policiers une fois qu'il aurait pu le faire. L'avocat, dont les services ont été retenus un peu plus tard, a téléphoné aux policiers. Ceux-ci l'ont mis au courant des circonstances de l'enquête et du fait que l'appelant serait probablement remis en liberté plus tard dans la journée; à son tour, il a dit au policier de ne prendre aucune déclaration de l'appelant tant que lui-même ne serait pas présent. Selon le témoignage de l'appelant, il a demandé au policier si son père avait appelé, mais celui-ci lui a répondu non et qu'il pourrait lui téléphoner plus tard. Le policier n'a pas informé l'appelant que son père avait retenu les services d'un avocat ou que celui-ci avait téléphoné. Les policiers ont commencé l'interrogatoire de l'appelant. L'admissibilité de la preuve—les déclarations qui auraient été faites dans la voiture de police et celles qui l'ont été pendant l'interrogatoire après que les services d'un avocat eurent été retenus—était contestée. Seules les premières ont été admises au procès.

L'appelant a subi un procès devant un juge et un jury. Après l'interpellation, mais avant que l'on ait demandé au premier candidat juré de s'avancer, la cour a statué, sur requête de l'avocat de l'appelant, que le ministère public et la défense devaient tous deux s'en tenir à quatre récusations péremptoires et que le ministère public n'avait pas le droit d'ordonner la mise à l'écart des jurés. La cour a pris note des objections du ministère public. Les jurés ont alors été choisis, la défense aussi bien que le ministère public exerçant leur droit à quatre récusations péremptoires.

Le jury a acquitté l'appelant. La Cour d'appel a toutefois accueilli l'appel du ministère public et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'appelant s'est pourvu de plein droit et deux questions constitutionnelles ont été formulées: les art. 562 et 563 du *Code criminel* sont-ils incompatibles avec l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Si oui, les art. 562 ou 563, ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier? On se demande également si le juge du procès a commis une erreur en écartant les déclarations faites après que les services de l'avocat eurent été retenus.

Arrêt (les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. Les paragraphes 563(1) et (2) du *Code criminel* sont incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Per Lamer C.J., La Forest and Cory JJ.: The implementation of the impugned provisions would lead a reasonable person, fully apprised of the Crown's extensive rights in selecting a jury, to conclude that there was an apprehension of bias contrary to s. 11(d) of the *Charter*. This infringement was not justified under s. 1. The ideal of absolute equality is not required by the *Charter*. However a discrepancy of 4.25 to 1 in favour of the Crown, when the Crown's ability to stand by is compared to the accused's right to peremptorily challenge, is so unbalanced that it gives an appearance of unfairness or bias against the accused. These provisions permit the Crown to obtain a jury that would at the very least appear to be favourable to its position rather than an unbiased jury. A criminal trial must be fairly conducted. It cannot be forgotten that it is the jury that must make the ultimate decision as to the guilt or innocence of the accused.

Per Stevenson J.: Section 11(d) of the *Charter* requires that an accused person receive a fair trial by an independent and impartial tribunal. The test for both judicial independence and impartiality is whether the tribunal may be reasonably perceived as such. A jury need not be found to be actually partial before an infringement of the *Charter* is found. The informed observer's perception that the system of selecting jurors impairs impartiality is sufficient. If one party enjoys a greater influence, the observer need only have a reasonable apprehension of partiality.

The disparity between the accused's and the Crown's right to challenge jurors cannot meet the test. The stand by cannot be upheld because it allows the Crown to have a greater role in fashioning the jury. The Crown may take partisan interests into consideration in carrying out that role. The accused's role is thereby significantly diminished, impairing the appearance that the jury is indifferent as between the Crown and the accused. The substantial disparity contained in this legislation exists not in a mere procedure or rule but in the role each party has in choosing the jury.

The peremptory challenge is "purely subjective" and a stand by, which can be exercised until the whole panel has been called, is its equivalent. The Crown, in exercising its stand by power, can achieve a peremptory challenge, effectively deferring a challenge for cause or peremptory challenge. The stand by is not a "deferred

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest et Cory: L'application des dispositions contestées amènerait une personne raisonnable, parfaitement informée des nombreux droits que le ministère public peut exercer dans la sélection des jurés, à conclure qu'il y avait crainte de partialité, en contravention de l'al. 11d) de la *Charte*. Cette violation n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. La *Charte* n'exige pas l'égalité absolue. Cependant, un rapport de 4,25 contre 1 en faveur du ministère public, lorsque l'on compare la possibilité pour le ministère public de faire des mises à l'écart avec le droit de l'accusé de récuser péremptoirement, est si peu équilibré que cela engendre une apparence d'injustice ou de partialité contre l'accusé. Ces dispositions permettent au ministère public d'obtenir un jury qui, à tout le moins, semblerait favorable à sa position, plutôt qu'un jury impartial. Un procès criminel doit être équitable. On ne doit pas oublier que c'est le jury qui prendra la décision finale quant à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé.

Le juge Stevenson: L'alinéa 11d) de la *Charte* exige que l'accusé soit jugé par un tribunal indépendant et impartial au cours d'un procès équitable. Le critère applicable tant à l'indépendance qu'à l'impartialité de la magistrature est de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme tel. Il n'est pas nécessaire de conclure à la partialité réelle d'un jury pour qu'il y ait violation de la *Charte*. Il suffit que l'observateur bien renseigné ait l'impression que le système de sélection du jury porte atteinte à l'impartialité. Si l'une des parties a une plus grande influence, il suffit que l'observateur éprouve une crainte raisonnable de partialité.

La disparité entre le droit de l'accusé et celui du ministère public de récuser les jurés ne saurait satisfaire au critère. La mise à l'écart ne peut être approuvée parce qu'elle permet au ministère public de jouer un plus grand rôle dans la constitution du jury. Le ministère public peut donner suite à des considérations partisans dans l'exercice de ce rôle. Le rôle de l'accusé se trouve donc considérablement amoindri, portant de la sorte atteinte à l'apparence d'impartialité du jury entre le ministère public et l'accusé. La disparité considérable que comportent ces dispositions législatives existe non pas dans une simple procédure ou règle, mais dans le rôle que joue chaque partie dans le choix du jury.

La récusation péremptoire est «purement subjective» et une mise à l'écart, que l'on peut exercer jusqu'à l'appel complet de la liste des jurés, équivaut à une récusation péremptoire. Le ministère public, en exerçant sa faculté de mise à l'écart, peut faire une récusation péremptoire, différant effectivement une récusation

challenge for cause" because, with large jury panels, a juror who is stood by will not be recalled in many cases.

The observer of the process is bound to conclude that, absent some control, the Crown possesses a substantial advantage and can effectively influence the make-up of that jury under partisan considerations. Professed good intentions cannot be relied on such a disparity. The Crown is not uninterested in securing convictions of accused persons. Section 563 provides for the apparent transformation of this interest into reality and so offends s. 11(d) of the *Charter*.

The relative roles of the accused and the Crown in selecting the jury are not comparable to other procedures within the trial process. The jury must be, and must be seen to be, impartial. When the Crown enjoys a tactical advantage, as occurs because of the stand bys, the accused's role in selecting his or her jury is diminished.

The peremptory challenge is not, itself, under attack. It may be used under partisan considerations, and, so long as the right of exercise is proportionate, neither the Crown nor the accused can be said to have an unconstitutional advantage.

The Crown did not establish that this *Charter* breach was demonstrably justified in a free and democratic society. No pressing concern justifying a limitation was demonstrated.

The trial judge correctly excluded the statements. The police, given compliance with the s. 10(b) requirement of advising the accused without delay of his right to counsel, have no correlative duties triggered and cast upon them until the accused, if he so chooses, has indicated his desire to exercise his right to counsel. An accused, once informed of the right to counsel, has the onus of showing the opportunity to contact counsel was denied. Here, the police had a responsibility of doing more than literally answering the appellant's question whether his father had called. A literal response was misleading because the obvious intent of the inquiry was to further the objective of communicating with counsel.

motivée ou encore une récusation péremptoire. La mise à l'écart n'est pas une «récusation motivée différée» puisque, étant donné la longueur des tableaux de jurés, le juré tenu à l'écart ne sera pas rappelé dans bien des cas.

Celui qui observe le processus sera bien obligé de conclure que, en l'absence d'un contrôle quelconque, le ministère public a un avantage considérable et peut effectivement influencer sur la constitution du jury pour des fins partisans. On ne peut pas s'en remettre à l'expression de bonnes intentions pour justifier une telle inégalité. Le ministère public n'est pas sans être intéressé à obtenir la condamnation de l'accusé. L'article 563 permet apparemment à cet intérêt de recevoir son application dans la réalité, ce qui est incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*.

Les rôles respectifs de l'accusé et du ministère public dans la sélection du jury ne sont pas comparables aux autres formalités propres au procès. Le jury doit être impartial et être perçu comme tel. Lorsque le ministère public jouit d'un avantage tactique, comme c'est le cas en raison des mises à l'écart, le rôle de l'accusé dans le choix de son jury en est diminué.

La récusation péremptoire n'est pas contestée en soi. Elle peut résulter de considérations partisans, mais, pourvu que le droit d'exercice soit proportionnel, on ne peut dire que soit le ministère public soit l'accusé a un avantage inconstitutionnel.

Le ministère public n'a pas prouvé que cette violation de la *Charte* pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. On n'a pas démontré l'existence d'une préoccupation urgente qui justifierait une restriction.

Le juge du procès a eu raison d'exclure les déclarations. Dès lors que la police se conforme à l'al. 10b) en informant aussitôt l'accusé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat, aucune autre obligation corrélatrice n'existe ni ne lui est imposée jusqu'à ce que l'accusé, le cas échéant, ait exprimé le souhait d'exercer son droit à l'assistance d'un avocat. Une fois avisé de son droit à l'assistance d'un avocat, l'accusé a l'obligation de démontrer qu'il a été privé de la possibilité d'entrer en contact avec un avocat. En l'espèce, la police avait la responsabilité de faire plus que de répondre littéralement à la question de l'appelant quand il a demandé si son père avait téléphoné. Une réponse littérale était trompeuse, car la question témoignait évidemment du souci de l'appelant de communiquer avec un avocat.

Per Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. (dissenting): As regards independence and impartiality of the tribunal in criminal cases, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* are congruent. Section 11(d) of the *Charter* merely enunciates a particular aspect of the general protection against deprivations of the right to life, liberty and security of the person found in s. 7 of the *Charter*. Arguments made under s. 11(d) of the *Charter* apply with equal force to s. 7.

These reasons do not depend on whether Crown peremptory challenges and stand bys are distinguishable or not in practice, and hence it was assumed that they were not.

The apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons applying themselves to the question and obtaining thereon the required information; the grounds for that apprehension must be substantial. An allegation of institutional partiality is serious and generally implies that the legal framework surrounding the institution in question is itself flawed, irrespective of the particular circumstances of the various cases.

In the case at bar, it was not sufficient, for a determination under s. 11(d) of the *Charter*, simply to take notice of the disparity between the Crown and the accused in the jury selection process and then to conclude that a reasonable apprehension of bias arose. The right-minded observer must consider the question and seek information in order to make an informed opinion.

A jury must be representative, impartial and competent. Random selection, which favours representativeness, provides a certain guarantee that the jury will also be impartial, but this is by no means true in all cases. The *Criminal Code* offers to the parties various means of challenging prospective jurors, whether collectively or individually, in order to bolster the impartiality of the jury. A proper jury, by implication, must also be competent. Jurors should also be able to understand the trial, their role in the trial, the evidence that is presented, the principles they have to apply, among other things. Most trials require the same competence as is involved in the daily pursuit of one's affairs, and the ability to speak and understand one of the official languages will suffice. Some trials are more complex and complicated, however, and a tampering with randomness may be appro-

Les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci (dissidents): En ce qui a trait à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal en matière pénale, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* convergent. L'alinéa 11d) énonce simplement un aspect particulier de la protection générale contre les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7. Les arguments avancés relativement à l'al. 11d) sont aussi valables en ce qui concerne l'art. 7.

Il n'est pas essentiel, dans les présents motifs, de décider s'il y a, en pratique, une différence entre les récusations péremptoires et les mises à l'écart ordonnées par le ministère public et, par conséquent, il a été tenu pour acquis qu'il n'y en a pas.

La crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet, et les motifs de crainte doivent être sérieux. Une allégation de partialité institutionnelle demeure grave et implique généralement que le substrat juridique de l'institution en question est lui-même entaché, peu importe les faits particuliers des diverses affaires.

Dans la présente espèce, il ne suffisait pas, pour statuer sur l'application de l'al. 11d) de la *Charte*, de simplement prendre judiciairement connaissance de la situation différente entre le poursuivant et l'accusé dans le processus de sélection des jurés, puis de conclure à une crainte raisonnable de partialité. L'observateur sensé doit s'arrêter à la question et prendre les renseignements nécessaires pour éclairer son jugement.

Un jury doit être représentatif, impartial et compétent. La sélection au hasard, qui favorise la représentativité, offre une certaine garantie d'impartialité du jury, mais c'est loin de se vérifier dans tous les cas. Le *Code criminel* offre aux parties divers moyens pour récuser les candidats jurés, collectivement ou individuellement, afin de contribuer à l'impartialité du jury. Un jury adéquat doit également être compétent. Les jurés doivent être en mesure de comprendre, entre autres, le procès, leur rôle dans celui-ci, la preuve produite et les principes qu'ils doivent appliquer. La plupart des procès exigent la même compétence que celle dont doit faire preuve le citoyen en vaquant quotidiennement à ses affaires, et la capacité de parler et de comprendre une des langues officielles suffira. Certains procès sont cependant plus complexes et plus compliqués, et il peut s'avérer néces-

priate to achieve a minimal ability to understand the evidence and issues.

The accused has a fairly clear and circumscribed role in the trial and in the jury selection process. He or she is expected to do nothing more than try to avoid conviction and punishment by asserting his or her rights according to law. The accused, however, has no right to a jury of his or her choice.

The role of the Crown in the jury selection process, as in the trial as a whole, is not only different, but also asymmetrical. The Crown Attorney has a quasi-judicial role and must ensure that the jury is representative, impartial and competent. These qualities, especially impartiality, must not be sought to secure a conviction but rather to select the best jury to try the case. Indeed the Crown Attorney should use the means at his or her disposal to exclude prospective jurors that could be biased in favour of the prosecution, even if the defence is not aware of this fact. Through this role, in conformity with its general duties, the Crown addresses the need to be able to exclude prospective jurors who would not fall under any of the statutory grounds of exclusion but whose presence on the jury would nevertheless impair its impartiality, its representativeness or its competence. It provides the element of flexibility.

The relatively large number of challenges and stand bys given to the Crown is consistent with the need for flexibility in the process. It is not incumbent upon the Court to inquire into the adequacy of the actual numbers contained in the *Code*. They are the result of historical compromises and whether they are still adequate today are questions better left for Parliament to decide.

The possibility of a large number of Crown interventions in jury selection enables the Crown fully to play its role when the situation so requires. The Crown will not exercise all of its four challenges and 48 stand bys merely because it holds them. In fact, a proper exercise of its role would call for restraint. Since the Crown plays this important quasi-judicial role and infuses some flexibility into the jury selection process, it is only normal that the means of exclusion at its disposal also allow some room for manoeuvre. Moreover, the limit of 48 itself is flexible, since upon judicial authorization it can be increased. The well-informed observer would see

saire d'intervenir dans la sélection au hasard pour assurer une aptitude minimale de compréhension de la preuve et des questions en litige.

L'accusé a un rôle assez clair et circonscrit dans le procès et dans le processus de sélection des jurés. L'on ne s'attend pas à ce qu'il fasse autre chose que d'essayer d'éviter la déclaration de culpabilité et la peine en faisant valoir ses droits conformément à la loi. L'accusé n'a cependant pas droit à un jury de son choix.

Le rôle du ministère public dans le processus de sélection des jurés, comme dans l'ensemble du procès, est non seulement différent, mais aussi asymétrique. Le substitut du procureur général joue un rôle quasi judiciaire et a l'obligation de veiller à ce que le jury soit représentatif, impartial et compétent. Ces qualités, surtout l'impartialité, ne doivent pas être recherchées dans le but d'obtenir la déclaration de culpabilité, mais bien dans celui de choisir le jury le plus apte à juger l'affaire. En fait, le substitut du procureur général doit utiliser les moyens dont il dispose pour écarter les candidats jurés qui pourraient avoir un parti pris en faveur de la poursuite, même si la défense ne s'en rend pas compte. En remplissant cette fonction, conformément à ses obligations générales, le ministère public répond au besoin d'exclure les candidats jurés qui ne sont visés par aucun motif de récusation prévu par la loi, mais dont la participation au jury serait néanmoins préjudiciable à son impartialité, sa représentativité ou sa compétence. Là réside l'élément de flexibilité.

Le nombre assez élevé de récusations et de mises à l'écart accordées au ministère public est conforme à la nécessité de flexibilité du processus. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur l'à-propos des nombres fixés dans le *Code*. Ces nombres résultent de compromis historiques et, qu'ils soient toujours appropriés est une question qui relève du pouvoir législatif.

La possibilité d'un nombre important d'interventions du ministère public dans la sélection du jury permet à ce dernier de bien jouer son rôle quand la situation le commande. Le ministère public n'utilisera pas ses quatre récusations et ses 48 mises à l'écart simplement parce qu'il en a le droit. En fait, il convient qu'il fasse preuve de modération pour bien remplir sa fonction. Comme le ministère public joue cet important rôle quasi judiciaire et insuffle une certaine flexibilité dans le processus de sélection du jury, il n'est que normal que les moyens dont il dispose pour exclure des candidats jurés lui laissent une marge de manoeuvre. Au surplus, la limite de 48 est elle-même flexible, puisqu'elle peut être augmentée avec la permission du tribunal. L'observateur bien

this disparity as a reflection of the asymmetry between the roles of the accused and of the Crown Attorney.

The observer would not see any clear link between the jury selection process and the impartiality of the empanelled jury. Given the dearth of information made available, it is not apparent that parties can influence the verdict by challenging or standing by prospective jurors. Indeed, any attempt to influence the verdict of the jury by hand-picking its members, unless it can be done on such a grand scale as to affect the whole jury, is bound to run against the unanimity requirement, and its efficacy may therefore be highly doubted by the observer. To argue that a mere disparity in the jury selection process suffices to predetermine the verdict and to render the whole trial unfair denies the very essence of the trial. The criminal trial as a whole is an adversarial process, designed to lay before the jury all the evidence and all the arguments that are relevant to its decision. If the verdict could be determined at the jury selection stage, the trial would serve little purpose.

The well-informed observer, knowing the qualities expected in a good jury (impartiality, representativeness and competence), understands the difference between the roles of the accused and the Crown in the jury selection process as well as the tenuous relationship of peremptory challenges and stand-asides with the impartiality of the jury and the fairness of the trial as a whole. Considering these factors, a disparity in the means afforded to the parties does not create in this observer an apprehension that the jury is systematically partial because of the operation of the provisions of the *Criminal Code*.

No evidence was given as to abusive Crown practice. Should Crown abuse occur, it can be adequately dealt with on an individual basis. The court must be mindful that the *Charter's* purpose is the unremitting protection of individual rights. The trial judge must ensure that the prosecution is not abusing its power of stand by and allay any apprehension as to partiality.

Section 686(1)(b)(iv) (formerly s. 613(1)(b)(iii)) only applies to irregularities in procedure which are so serious in nature that they are deemed to be matters of substance which result in a loss of jurisdiction: annulments for jurisdictional grounds are limited to cases where prejudice to the accused has occurred, provided the court had jurisdiction over the class of offences in ques-

renseigné verrait dans cette disparité le reflet de l'asymétrie entre le rôle de l'accusé et celui du substitut du procureur général.

L'observateur ne verrait pas de lien net entre le processus de sélection et l'impartialité du jury constitué. Il n'est pas évident que les parties sont en mesure d'influencer le verdict en récusant ou en mettant à l'écart des candidats jurés, vu le peu d'information qui leur est communiqué. En effet, toute tentative d'influencer le verdict du jury en triant les membres sur le volet, sauf si elle réussit à déterminer la composition du jury tout entier, va sûrement se heurter à l'exigence de l'unanimité, et son efficacité peut donc être sérieusement mise en doute par l'observateur. Soutenir que la simple inégalité des moyens offerts durant le processus de sélection des jurés suffit à prédéterminer le verdict et à rendre l'ensemble du procès injuste nie l'essence même du procès. Le procès criminel dans l'ensemble constitue un processus contradictoire, conçu pour présenter au jury toute la preuve et tous les arguments pertinents par rapport à la décision qu'il doit prendre. S'il était possible de déterminer le verdict dès l'étape de la sélection des jurés, le procès aurait peu d'utilité.

L'observateur bien renseigné, connaissant les qualités attendues d'un bon jury (impartialité, représentativité et compétence), comprendra la différence entre les rôles de l'accusé et du ministère public dans le processus de sélection des jurés, ainsi que le rapport tenu entre les récusations péremptoires et les mises à l'écart, d'une part, et l'impartialité du jury et le caractère équitable de l'ensemble du procès, d'autre part. Compte tenu de ces facteurs, la disparité entre les moyens offerts aux parties ne crée pas chez lui de crainte que le jury soit systématiquement partial en raison de l'application des dispositions du *Code criminel*.

On n'a pas fait la preuve d'une pratique abusive de la part du ministère public. Si cela devait se produire, le problème pourrait être réglé au cas par cas. Le tribunal doit se rappeler que la *Charte* a pour objet la protection constante des droits de chacun. Le juge du procès doit veiller à ce que la poursuite n'abuse pas de son pouvoir de mise à l'écart des jurés et dissiper toute crainte de partialité.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iv) (auparavant sous-al. 613(1)(b)(iii)) ne s'applique qu'à des irrégularités de procédure dont la gravité est telle qu'elles sont assimilées à des erreurs de fond qui entraînent la perte de compétence: les annulations fondées sur un motif ressortissant à la compétence sont limitées aux cas où un préjudice aurait été causé à l'accusé, à la condition que

tion. Here, the problem was not one of application of the jury selection rules which could have been saved by s. 686(1)(b)(iv). The jury, together with the trial judge, is the court and if the jury is not properly constituted according to the rules, the court exists no more than if the judge had been unlawfully appointed. The rules were changed and the jury selected pursuant to other rules than those set out in the *Code*. There was therefore no trial court properly constituted, and the appropriate sanction was annulment.

The trial judge was in a better position to rule on the admissibility of the statements than the Court of Appeal. That court should not have interfered with his determination. The issue of the admissibility of the statement which had been admitted was moot.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *R. v. Grover*, [1991] 3 S.C.R. 387, adopting the dissenting reasons in (1990), 56 C.C.C. (3d) 532; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783.

By Stevenson J.

Considered: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401; *R. v. Cecchini* (1985), 22 C.C.C. (3d) 323; *R. v. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28; *R. v. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; **referred to:** *R. v. Greig*, [1987] 56 C.R. (3d) 229; *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *R. v. Mason*, [1981] Q.B. 881; *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. v. Favel* (1987), 39 C.C.C. (3d) 378; *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537.

By Gonthier J. (dissenting)

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Committee for Justice and*

le tribunal ait été compétent à l'égard de la catégorie d'infractions en question. En l'espèce, il ne s'agissait pas d'un problème d'application des règles de la sélection des jurés, auquel cas le sous-al. 686(1)(b)(iv) aurait pu servir à corriger l'erreur. Le jury et le juge sont le tribunal et, si le jury n'est pas constitué selon les règles, le tribunal n'existe pas plus que si le juge avait été désigné illégalement. Les règles ont été modifiées et les jurés ont été sélectionnés selon d'autres règles que celles énoncées dans le *Code*. Il n'y avait donc pas de tribunal constitué régulièrement et la sanction convenable était l'annulation.

Le juge du procès était mieux placé pour statuer sur l'admissibilité des déclarations que la Cour d'appel, qui n'aurait pas dû intervenir pour changer sa décision. La question est théorique pour ce qui est de la déclaration qui a été utilisée.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. Grover*, [1991] 3 R.C.S. 387, adoptant les motifs dissidents exprimés dans (1990), 56 C.C.C. (3d) 532; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783.

Citée par le juge Stevenson

Arrêts examinés: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401; *R. c. Cecchini* (1985), 22 C.C.C. (3d) 323; *R. c. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28; *R. c. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; **arrêts mentionnés:** *R. c. Greig*, [1987] 56 C.R. (3d) 229; *R. c. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281; *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354; *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Mason*, [1981] Q.B. 881; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. c. Favel* (1987), 39 C.C.C. (3d) 378; *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114;

Liberty v. National Energy Board, [1978] 1 S.C.R. 369; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Texas & Pacific Railway Co. v. Hill*, 237 U.S. 208 (1915); *Mansell v. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20; *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694; *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401; *Mansbridge v. R.*, Que. C.A. 200-10-000149-851, October 1, 1991, J.E. 91-1653; *R. v. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81; *R. v. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28; *R. v. Bolduc* (1986), 4 Q.A.C. 201; *R. v. Curtis* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. v. Foote* (1985), 65 N.B.R. 444; *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35.

Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie, [1978] 1 R.C.S. 369; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Texas & Pacific Railway Co. c. Hill*, 237 U.S. 208 (1915); *Mansell c. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20; *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694; *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401; *Mansbridge c. R.*, C.A. 200-10-000149-851, 1^{er} octobre 1991, J.E. 91-1653; *R. c. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81; *R. c. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28; *R. c. Bolduc* (1986), 4 Q.A.C. 201; *R. c. Curtis* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. c. Foote* (1985), 65 N.B.R. 444; *Batson c. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (respecting jurors), S.C. 1917, c. 13, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 10(b), 11(d), 15.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.1, 429, 558, 562(1), (2) [rep. & sub. S.C. 1974-75-76, c. 105, s. 10], (3), 563(1), (2), (3), 567(1) [am. S.C. 1977-78, c. 36, s. 5], (2), 570(1), (2), 577, 613(1)(b)(iv) (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271.1, 471, 536(2), 629, 633(1), (2), (3), 634(1), (2), (3), 638(1), (2), 641(1), (2), 650, 686(1)(b)(iv)).
Criminal Code, S.C. 1917, c. 13, s. 1.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 668(9).
Criminal Justice Act 1988, (U.K.) 1988, c. 33.
Juries Act, R.S.N.S. 1989, c. 242, s. 6.
Juries Act, R.S.O. 1980, c. 226, s. 12.
Juries Act, 1825 (Eng.), 6 Geo. 4, c. 50, s. 29.
Juries Act 1974 (Eng.), 1974, c. 23.
Jurors Act, R.S.Q., c. J-2, s. 15.
Jury Act, R.S.B.C. 1979, c. 210, s. 9.
Jury Act, R.S.M. 1987, c. J30, s. 17.
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 11.
Jury Act, S.A. 1982, c. J-2.1, s. 7.
Jury Act, S.N. 1980, c. 41, s. 17.
Jury Act, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 13.
Jury Act, 1981, S.S. 1980-81, c. J-4.1, s. 6.
Ordinance for Inquests (Eng.), 33 Ed. 1, c. 4, 28 U.S.C. § 1866(c)(2).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 10(b), 11(d), 15.
Code criminel, S.C. 1917, ch. 13, art. 1.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 246.1, 429, 558, 562(1), (2) [abr. & rempl. S.C. 1974-75-76, ch. 105, art. 10], (3), 563(1), (2), (3), 567(1) [mod. S.C. 1977-78, ch. 36, art. 5], (2), 570(1), (2), 577, 613(1)(b)(iv) (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271.1, 471, 536(2), 629, 633(1), (2), (3), 634(1), (2), (3), 638(1), (2), 641(1), (2), 650, 686(1)(b)(iv)).
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 668(9).
Criminal Justice Act 1988, (R.-U.) 1988, ch. 33.
Juries Act, R.S.N.S. 1989, ch. 242, art. 6.
Juries Act, 1825 (Eng.), 6 Geo. 4, ch. 50, art. 29.
Juries Act 1974 (Eng.), 1974, ch. 23.
Jury Act, R.S.B.C. 1979, ch. 210, art. 9.
Jury Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 11.
Jury Act, S.A. 1982, ch. J-2.1, art. 7.
Jury Act, S.N. 1980, ch. 41, art. 17.
Jury Act, 1981, S.S. 1980-81, ch. J-4.1, art. 6.
Loi modifiant le Code criminel (concernant les jurés), S.C. 1917, ch. 13, art. 1.
Loi sur les jurés, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, art. 13.
Loi sur les jurés, L.R.M. 1987, ch. J30, art. 17.
Loi sur les jurés, L.R.Q., ch. J-2, art. 15.
Loi sur les jurys, L.R.O. 1980, ch. 226, art. 12.
Ordinance for Inquests (Eng.), 33 Ed. 1, ch. 4, 28 U.S.C. § 1866(c)(2).

Authors Cited

- Babcock, Barbara Allen. "Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545.
- Baldwin, John and Michael McConville. *Jury Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4. Edited by William Draper Lewis. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1900.
- Bull, Henry H. "The Career Prosecutor of Canada" (1962), 53 *J. Crim. L.C. & P.S.* 89.
- Canada. *House of Commons Debates*. vol. V, 7th Sess., 12th Parl., Aug. 9, 1917, p. 4309.
- Canada. Law Reform Commission. Report 16. *The Jury*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. *The Jury in Criminal Trials*. Ottawa: Law Reform Commission, 1980.
- Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens & Sons: 1966.
- East, Robert J. "Jury Packing: A Thing of the Past?" (1985), 48 *Mod. L.R.* 518.
- Halsbury's Laws of England*. Annual Abridgment 1988. London: Butterworths, 1989.
- Hébert, Jean-Claude. "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne". In *Droit pénal—orientations nouvelles*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Hilbery, Sir Malcolm. *Duty and Art in Advocacy*. London: Stevens & Sons, 1946.
- Jordan, Walter E. *Jury Selection*. Colorado Springs, Co.: Shepard's/McGraw-Hill, 1980.
- McEldowney, John F. "'Stand By For The Crown': an Historical Analysis," [1979] *Crim. L.R.* 272.
- Mewett, Alan W. "The Jury Stand-By" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15.
- Practice Note, [1988] 3 All E.R. 1086.
- United Kingdom. Morris Report, Cmnd 2627 (1965).
- United Kingdom. Parliament. House of Commons. Fraud Trials Committee. *Fraud Trials Committee Report* (Roskill Committee). London, H.M.S.O., 1986.
- Vennard, Julie and David Riley. "The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome", [1988] *Crim. L.R.* 731.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 47 C.C.C. (3d) 250, 31 O.A.C. 357, 68 C.R. (3d) 50, 45 C.R.R. 193, allowing an

Doctrine citée

- Babcock, Barbara Allen. «Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545.
- Baldwin, John and Michael McConville. *Jury Trials*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- Blackstone, sir William. *Commentaires sur les lois anglaises*. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
- Bull, Henry H. «The Career Prosecutor of Canada» (1962), 53 *J. Crim. L.C. & P.S.* 89.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. *Le jury en droit pénal*. Ottawa, Commission de réforme du droit, 1980.
- Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 16. *Le jury*. Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1982.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 7^e sess., 12^e Parl., 9 août 1917, p. 4455.
- Devlin, Sir Patrick. *Trial by Jury*. London: Stevens & Sons: 1966.
- East, Robert J. «Jury Packing: A Thing of the Past?» (1985), 48 *Mod. L.R.* 518.
- Halsbury's Laws of England*. Annual Abridgment 1988. London: Butterworths, 1989.
- Hébert, Jean-Claude. «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne». In *Droit pénal—orientations nouvelles*. Cowansville, Qué., Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Hilbery, Sir Malcolm. *Duty and Art in Advocacy*. London: Stevens & Sons, 1946.
- Jordan, Walter E. *Jury Selection*. Colorado Springs, Co.: Shepard's/McGraw-Hill, 1980.
- McEldowney, John F. «'Stand By For The Crown': an Historical Analysis,» [1979] *Crim. L.R.* 272.
- Mewett, Alan W. «The Jury Stand-By» (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385.
- Morgan, Donna C. «Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15.
- Practice Note, [1988] 3 All E.R. 1086.
- United Kingdom. Morris Report, Cmnd 2627 (1965).
- United Kingdom. Parliament. House of Commons. Fraud Trials Committee. *Fraud Trial Committee Report* (Roskill Committee). London, H.M.S.O., 1986.
- Vennard, Julie and David Riley. «The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome», [1988] *Crim. L.R.* 731.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 47 C.C.C. (3d) 250, 31 O.A.C. 357, 68 C.R. (3d) 50, 45 C.R.R. 193, qui a

appeal from acquittal by Kent Dist. Ct. J. sitting with jury (1987), 30 C.R.R. 75 (*voir dire*). Appeal allowed (Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. dissenting); s. 563(1) and (2) (now s. 634(1) and (2)) were inconsistent with s. 11(d) of the *Charter* and this violation was not justified under s. 1.

Timothy E. Breen and *James C. Fleming*, for the appellant.

Jeff Casey and *Elizabeth Rennie*, for the respondent.

Graham R. Garton, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—I have had the privilege of reading the reasons of my colleagues Justice Stevenson and Justice Gonthier. Although I agree with the conclusion of Stevenson J., I reach the result in a somewhat different manner. In my view the implementation of the impugned provisions would lead a reasonable person, fully appraised of the extensive rights the Crown may exercise in the selection of a jury, to conclude that there was an apprehension of bias.

At the outset, I would agree that the Crown Attorney plays a very responsible and respected role in the criminal justice system and particularly in the conduct of criminal trials. It is true that the Crown never wins or loses a case. Yet Crown Attorneys are mortal. They are subject to all the emotional and psychological pressures that are exerted by individuals and the community. They may act for the best of motives. For example they may be moved by sympathy for a helpless victim, or by contempt for the cruel and perverted acts of an accused; they may be influenced by the righteous sense of outrage of a community at the commission of a particularly cruel and vicious crime. As a rule the conduct and competence of Crown Attorneys is exemplary. They are models for the

accueilli un appel interjeté contre un acquittement prononcé par le juge Kent et un jury de la Cour de district (1987), 30 C.R.R. 75 (*voir-dire*). Pourvoi accueilli (les juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci sont dissidents); les par. 563(1) et (2) (maintenant les par. 634(1) et (2)) sont incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte* et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Timothy E. Breen et *James C. Fleming*, pour l'appellant.

Jeff Casey et *Elizabeth Rennie*, pour l'intimée.

Graham R. Garton, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest et Cory rendu par

LE JUGE CORY—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges Stevenson et Gonthier. J'arrive au même résultat que le juge Stevenson, mais d'une manière un peu différente. À mon avis, l'application des dispositions contestées amènerait une personne raisonnable, parfaitement informée des nombreux droits que le ministère public peut exercer dans la sélection des jurés, à conclure qu'il y avait crainte de partialité.

D'entrée de jeu, je serais d'accord pour dire que le substitut du procureur général joue un rôle très responsable et très respecté dans le système de justice pénale et tout particulièrement dans le déroulement des procès criminels. Il est vrai que le ministère public ne gagne ni ne perd jamais une cause. Les substituts du procureur général sont tout de même des êtres humains. Ils sont soumis à toutes les pressions émotives et psychologiques qu'exercent les particuliers et la société. Ils peuvent agir pour les meilleurs motifs. Par exemple, ils peuvent ressentir de la sympathie pour une victime sans ressource ou du mépris pour les actes cruels et pervers d'un accusé; ils peuvent être influencés par le sentiment justifié d'intense indignation d'une collectivité à la suite de la perpétration d'un crime particulièrement cruel et violent. En règle générale, le comportement et la compétence des substituts

bar and the community. Yet they, like all of us, are subject to human frailties and occasional lapses.

Crown attorneys have been known to make inflammatory addresses to juries. See *R. v. Grover*, [1991] 3 S.C.R. 387, adopting the dissenting reasons in (1990), 56 C.C.C. (3d) 532 (Ont. C.A.). They have been known to conduct unfair cross-examinations of parties and witnesses. See *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.). I do not make these observations in order to be critical of Crown Attorneys. Rather they are made to emphasize the very human frailties that are common to all, no matter what the office held.

Apart from challenges for cause the provisions of the *Criminal Code* provide the Crown with the ability to stand by 48 prospective jurors and to challenge four jurors peremptorily. The accused in this case has but 12 peremptory challenges. I do not suggest that the ideal of absolute equality is required by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However a discrepancy of 4.25 to 1 in favour of the Crown seems to be so unbalanced that it gives an appearance of unfairness or bias against the accused. The impugned provisions permit the Crown to obtain a jury that would at the very least appear to be favourable to its position rather than an unbiased jury.

It is suggested that the Crown Attorney, as an officer of the Court would never act unfairly in the selection of a jury. Yet the most exemplary Crown might be so overwhelmed by community pressure that just such a step might be taken. In *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783, Morden A.C.J.O, Lacourcière and Catzman J.J.A., it was conceded that as a result of the use made by the Crown Attorney of the stand by provisions in the selection of a jury an apprehension of bias was created. I have cited this case not to illustrate or emphasize a legal principle but rather for what it demonstrates. Namely, that those acting for the Crown do, on occasion demonstrate human frailties and that the impugned section is, on occasion, utilized for the

sont exemplaires. Ils représentent des modèles pour le barreau et la société. Toutefois, ils sont sujets comme nous tous à des faiblesses humaines et à des défaillances occasionnelles.

Il est arrivé à des substituts du procureur général de faire des exposés incendiaires aux jurys. Voir l'arrêt *R. c. Grover*, [1991], 3 R.C.S. 387, dans lequel notre Cour adopte les motifs dissidents exposés dans l'arrêt (1990), 56 C.C.C. (3d) 532 (C.A. Ont.). Ils leur est aussi arrivé de procéder à des contre-interrogatoires inéquitables des parties et des témoins. Voir l'arrêt *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.). Je ne fais pas ces remarques dans le but de critiquer les substituts. Je les fais plutôt afin de souligner les faiblesses très humaines qui sont communes à tous, quel que soit le poste occupé.

Outre les récusations motivées, les dispositions du *Code criminel* accordent au ministère public la possibilité d'écarter 48 candidats jurés et de récusar péremptoirement quatre jurés. L'accusé en l'instance n'a que 12 récusations péremptoires. Je ne veux pas dire que la *Charte canadienne des droits et libertés* exige l'égalité absolue. Cependant, un rapport de 4,25 contre 1 en faveur du ministère public semble si peu équilibré que cela engendre une apparence d'injustice ou de partialité contre l'accusé. Les dispositions contestées permettent au ministère public d'obtenir un jury qui, à tout le moins, semblerait favorable à sa position, plutôt qu'un jury impartial.

On soutient que le substitut du procureur général, en tant qu'officier de justice, n'agirait jamais de façon injuste dans la sélection des jurés. Toutefois, le substitut le plus exemplaire pourrait se sentir tellement assailli par les pressions exercées par la société qu'il pourrait bien agir de cette sorte. Dans l'affaire *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783, le juge en chef adjoint Morden et les juges Lacourcière et Catzman), il a été concédé que le recours par le substitut aux dispositions relatives aux mises à l'écart dans la sélection des jurés a eu pour effet d'engendrer une crainte de partialité. J'ai cité cette affaire non pas pour illustrer ou souligner une règle de droit mais plutôt pour ce qu'elle démontre. C'est-à-dire que ceux qui repré-

improper purpose of obtaining a jury that appears to be favourable to the Crown.

A petition is frequently made that we not be lead into temptation. The impugned provision of the *Criminal Code* provides the tempting means to obtain a jury that appears to be favourable to the Crown. The section is so heavily weighed in favour of the Crown that viewed objectively it must give that legal fictional paragon, the reasonable person, fully apprised of the manner in which a jury may be selected, an apprehension of bias. This must be so since the jury, as a result of the selection process, would appear to be favourable to the Crown. It seems to me that so long as this provision exists it may be used and on occasion will be used to select a jury that appears to be favourable to the Crown.

It may well be correct that it would be impossible to prove that a jury selected after the Crown had exercised all its stand bys and peremptory challenges was in fact biased. Nonetheless the overwhelming numerical superiority of choice granted to the Crown creates a pervasive air of unfairness in the jury selection procedure. The jury in the ultimate decision maker. The fate of the accused is in its hands. The jury should not as a result of the manner of its selection appear to favour the Crown over the accused. Fairness should be the guiding principle of justice and the hallmark of criminal trials. Yet so long as the impugned provision of the *Code* remains, providing the Crown with the ability to select a jury that appears to be favourable to it, the whole trial process will be tainted with the appearance of obvious and overwhelming unfairness. Members of the community will be left in doubt as to the merits of a process which permits the Crown to have more than four times as many choices as the accused in the selection of the jury.

Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used

sentent le ministère public font preuve, à l'occasion, de faiblesses humaines et que l'article contesté est utilisé, parfois, dans le but non justifié d'obtenir un jury qui semble favorable au ministère public.

Nous demandons souvent de ne pas être soumis à la tentation. La disposition contestée du *Code criminel* offre des moyens tentants d'obtenir un jury qui semble favorable au ministère public. L'article penche tellement en faveur du ministère public que, d'un point de vue objectif, il doit donner à ce modèle de fiction juridique qu'est la personne raisonnable, parfaitement informée de la manière dont peut se faire la sélection des jurés, une crainte de partialité. Il doit en être ainsi parce que le jury, à la suite du processus de sélection, semblerait favorable au ministère public. Il m'apparaît que, tant que cette disposition existera, elle pourra être utilisée et le sera à l'occasion dans le but de sélectionner des jurés qui semblent favorables au ministère public.

Il se peut bien qu'il ne soit pas possible de prouver que le juré sélectionné après que le ministère public a exercé ses mises à l'écart et ses récusations péremptoires est de fait partial. Néanmoins, le nombre beaucoup plus élevé de choix accordé au ministère public crée une impression profonde d'injustice dans le processus de sélection des jurés. Le jury est celui qui prend la décision finale. Le sort de l'accusé repose entre ses mains. Le jury ne devrait pas, par suite de la manière dont ses membres sont sélectionnés, sembler favoriser le ministère public au détriment de l'accusé. L'équité devrait être le principe directeur de la justice et la marque des procès criminels. Toutefois, tant que la disposition contestée du *Code* continue d'accorder au ministère public le pouvoir de sélectionner des jurés qui semblent lui être favorables, tout le processus du procès sera entaché d'une apparence d'injustice évidente et accablante. Les membres de la société seront laissés dans le doute quant au bien-fondé du processus qui permet au ministère public de disposer de quatre fois plus de choix que l'accusé dans la sélection des jurés.

Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi

abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control. Rather the offending statutory provision should be removed.

It follows that s. 563(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 634(2)) offends s. 11(d) of the *Charter*. Since the not unlikely effect of the provision is to ensure a jury that at the very least appears to be favourable to the Crown the section could not conceivably be construed as a reasonable limit that can be justified in a free and democratic society. The section is therefore invalid.

The declaration of invalidity resolves all future problems. However in order to avoid a hiatus the declaration should be suspended for a period of six months. This will provide an opportunity to Parliament to remedy the situation if it considers it appropriate to do so.

The suspended declaration does not leave the defence without a remedy during the interim. The accused may always attempt to demonstrate that there has been an abuse of the stand by provisions by the prosecution. This was the course successfully followed in *R. v. Pizzacalla*, *supra*. I would add that neither the fact that relief may be obtained in this way, nor that many juries have in the past been selected without the exercise of any prosecu-
tional abuse, can be accepted as a basis for defeating the constitutional challenge to the section. The fact remains that the impugned section legislates a means of selecting a jury that could appear to be favourable to the Crown. It can never be forgotten that it is the jury that will determine guilt or innocence. To permit by legislation the selection of a jury apparently favourable to the Crown offends not only the *Charter* but a sense of basic fairness.

un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie.

Il s'ensuit que le par. 563(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 634(2)), contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*. Vu que l'effet assez probable de la disposition est de permettre la formation d'un jury qui, à tout le moins, semble favorable au ministère public, l'article ne devrait pas en théorie être interprété comme une limite raisonnable qui pourrait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'article est donc invalide.

La déclaration d'invalidité règle tous les problèmes futurs. Cependant, afin d'éviter qu'il y ait une interruption, il faudrait suspendre la déclaration pour une période de six mois. Le législateur pourra ainsi remédier à la situation s'il juge à propos de le faire.

Entre temps, la défense n'est pas laissée sans recours. L'accusé peut toujours tenter de démontrer que le poursuivant a abusé des dispositions relatives aux mises à l'écart. C'est la démarche qui a été suivie avec succès dans *R. c. Pizzacalla*, précité. Je voudrais ajouter que ni le fait qu'il est possible d'obtenir un redressement de cette façon ni celui que, par le passé, un grand nombre de jurys ont été constitués sans que le poursuivant n'abuse de son pouvoir ne devraient servir à faire échec à la contestation de l'article sur le plan constitutionnel. Il demeure que l'article contesté fixe par voie législative un moyen de choisir un jury qui pourrait sembler favorable au ministère public. On ne doit jamais oublier que c'est le jury qui déterminera la culpabilité ou l'innocence. Permettre par voie législative la sélection d'un jury qui semblerait favorable au ministère public va à l'encontre non seulement de la *Charte*, mais aussi de l'équité fondamentale.

Disposition

I would declare s. 563(2) of the *Criminal Code* (now s. 634(2)) invalid but suspend the declaration for a period of six months. The appeal should be allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the acquittal of the appellant restored.

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Are ss. 633 and 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and 563], inconsistent with ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Sections 634(1) and (2) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 563(1) and (2)) are inconsistent with s. 11(d) in so far as they provide the Crown with a combination of peremptory challenges and stand bys that is more than four times in excess of the number of peremptory challenges permitted to an accused. It is unnecessary to consider whether this provision violates s. 7. The allegation of a violation of s. 15 was withdrawn. Sections 633 and 634(3) (formerly ss. 562 and 563(3)) were not challenged.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 633 and/or 634 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and/or 563] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. The violation is not justified under s. 1.

The reasons of Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting)—The appellant raises important questions about a central feature of our criminal law system, the jury, and in particular about the mode of selection of the jury contained in the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. He submits that the disparity between the means of challenge allowed to the accused and the Crown in

Dispositif

Je suis d'avis de déclarer invalide le par. 563(2) (maintenant par. 634(2)) du *Code criminel*, mais de suspendre la déclaration pour une période de six mois. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir l'acquiescement de l'appellant.

Il faudrait répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Les articles 633 et 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 et 563], sont-ils incompatibles avec l'art. 7, l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Les paragraphes (1) et (2) de l'art. 634 (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 563(1) et (2)) sont incompatibles avec l'al. 11d) dans la mesure où ils accordent au ministère public une combinaison de récusations péremptoires et de mises à l'écart qui dépasse par plus de quatre fois le nombre de récusations péremptoires qui sont permises à un accusé. Il n'est pas nécessaire d'examiner si cette disposition contrevient à l'art. 7. L'allégation de violation de l'art. 15 a été retirée. L'article 633 et le par. 634(3) (auparavant art. 562 et par. 563(3)) n'ont pas été contestés.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 633 ou l'art. 634 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 ou 563], ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. La violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Version française des motifs des juges Gonthier, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE GONTHIER (dissident)—L'appellant souleve des questions importantes au sujet d'une institution, savoir le jury, qui joue un rôle fondamental dans notre système judiciaire pénal, et en particulier au sujet du mode de sélection des jurés qui est prévu au *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Il soutient que la disparité entre les types de récusations

the jury selection process violates the constitutional guarantee of an impartial tribunal contained in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I have had the benefit of reading the reasons of Justice Stevenson and, while I respectfully find myself in disagreement with them, I adopt his statement of the facts and judgments of the lower courts.

For ease of reference, I reproduce the relevant legislation:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34

562. (1) An accused who is charged with high treason or first degree murder is entitled to challenge twenty jurors peremptorily.

(2) An accused who is charged with an offence, not being high treason or first degree murder, for which he may be sentenced to imprisonment for more than five years is entitled to challenge twelve jurors peremptorily.

(3) An accused who is charged with an offence that is not referred to in subsection (1) or (2) is entitled to challenge four jurors peremptorily.

563. (1) The prosecutor is entitled to challenge four jurors peremptorily, and may direct any number of jurors who are not challenged peremptorily by the

tion permis à l'accusé et au ministère public, dans le processus de sélection des jurés, porte atteinte à la garantie constitutionnelle relative à un tribunal impartial, qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Stevenson et, s'il ne me paraît pas possible d'y adhérer, je fais cependant mien son exposé des faits et des décisions des tribunaux d'instance inférieure.

Je reproduis les textes de loi pertinents pour en faciliter la consultation:

Charte canadienne des droits et libertés

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

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit; . . .

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34

562. (1) L'accusé inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré a le droit de récuser péremptoirement vingt jurés.

(2) L'accusé inculpé d'une infraction autre que la haute trahison ou le meurtre au premier degré et punissable d'un emprisonnement d'au moins cinq ans a le droit de récuser péremptoirement douze jurés.

(3) Un accusé inculpé d'une infraction non mentionnée au paragraphe (1) ou (2) a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés.

563. (1) Le poursuivant a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés et peut ordonner à un nombre quelconque de jurés, non péremptoirement récusés par

accused to stand by until all the jurors have been called who are available for the purpose of trying the indictment.

(2) Notwithstanding subsection (1), the prosecutor may not direct more than forty-eight jurors to stand by unless the presiding judge for special cause to be shown, so orders.

(3) The accused may be called upon to declare whether he challenges a juror peremptorily or for cause before the prosecutor is called upon to declare whether he requires the juror to stand by, or challenges him peremptorily or for cause.

567. (1) A prosecutor or an accused is entitled to any number of challenges on the ground that

(a) the name of a juror does not appear on the panel, but no misnomer or misdescription is a ground of challenge where it appears to the court that the description given on the panel sufficiently designates the person referred to,

(b) a juror is not indifferent between the Queen and the accused,

(c) a juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death or to a term of imprisonment exceeding twelve months,

(d) a juror is an alien,

(e) a juror is physically unable to perform properly the duties of a juror, or

(f) a juror does not speak the official language of Canada that is the language of the accused . . .

(2) No challenge for cause shall be allowed on a ground not mentioned in subsection (1).

570. (1) Where, as a result of challenges and directions to stand by, a full jury has not been sworn and no names remain to be called, the names of those who have been directed to stand by shall be called again in the order in which their names were drawn and they shall be sworn, unless challenged by the accused, or unless the prosecutor challenges them or shows cause why they should not be sworn.

(2) Where, before a juror is sworn pursuant to subsection (1), other jurors in the panel become available, the prosecutor may require the names of those jurors to be put into and drawn from the box in accordance with section 560, and those jurors shall be challenged, ordered to stand by or sworn, as the case may be, before the names

l'accusé, de se tenir à l'écart jusqu'à ce que tous les jurés disponibles pour l'instruction de l'acte d'accusation aient été appelés.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), le poursuivant ne peut ordonner la mise à l'écart de plus de quarante-huit jurés, à moins que, pour un motif spécial à démontrer, le juge qui préside ne l'ordonne.

(3) L'accusé peut être appelé à déclarer s'il récuse un juré péremptoirement ou pour cause, avant que le poursuivant soit appelé à déclarer s'il exige que le juré se tienne à l'écart, ou s'il le récuse péremptoirement ou pour cause.

567. (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour le motif

(a) que le nom d'un juré ne figure pas sur la liste, mais aucune erreur de nom ou de désignation ne peut être un motif de récusation lorsque la cour est d'avis que la description portée sur la liste désigne suffisamment la personne en question,

(b) qu'un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé,

(c) qu'un juré a été déclaré coupable d'une infraction pour laquelle il a été condamné à mort ou à un emprisonnement de plus de douze mois,

(d) qu'un juré est un étranger,

(e) qu'un juré est physiquement incapable de remplir d'une manière convenable les fonctions de juré, ou

(f) qu'un juré ne parle pas la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé . . .

(2) Nulle récusation motivée n'est admise pour une raison non mentionnée au paragraphe (1).

570. (1) Lorsque, à la suite des récusations et des ordres de se tenir à l'écart, un jury complet n'a pas été assermenté et qu'il ne reste plus de noms à appeler, les noms de ceux à qui il a été ordonné de se tenir à l'écart sont de nouveau appelés suivant l'ordre dans lequel ils ont été tirés; et ces jurés sont assermentés, à moins d'être récusés par le prévenu ou à moins que le poursuivant ne les récuse ou ne démontre pourquoi ils ne devraient pas être assermentés.

(2) Si, avant qu'un juré soit assermenté selon le paragraphe (1), d'autres jurés figurant sur la liste deviennent disponibles, le poursuivant peut demander que les noms de ces jurés soient déposés dans la boîte et en soient tirés selon que le prévoit l'article 560, et ces jurés sont récusés, mis à l'écart ou assermentés, selon le cas, avant

of the jurors who were originally ordered to stand by are called again.

The constitutional questions as they were framed by former Chief Justice Dickson on June 7, 1989, put in issue the constitutionality of ss. 562 and 563 of the *Criminal Code* (now R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 633 and 634) with respect to ss. 7, 11(d) and 15 of the *Charter*. The appellant concentrated his argument on s. 563(1) and (2) of the *Code*, and did not address the validity of ss. 562 and 563(3). He did not make any submissions as to s. 15 of the *Charter* either. The sole issue before us remains therefore the consistency of s. 563(1) and (2) of the *Criminal Code* with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In their factums and in argument, the parties did not make any specific arguments under s. 7 of the *Charter*, relying instead on the arguments they had made under s. 11(d).

I agree with the parties that, as regards independence and impartiality of the tribunal in criminal cases, ss. 7 and 11(d) of the *Charter* are congruent. Section 11(d) of the *Charter* merely enunciates a particular aspect of the general protection against deprivations of the right to life, liberty and security of the person found in s. 7 of the *Charter*, as had already suggested Lamer J. (as he then was) in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Arguments made under s. 11(d) of the *Charter* apply with equal force to s. 7. As this case was argued under s. 11(d) of the *Charter*, I will concentrate on this section in my reasons, for the sake of convenience.

I—The Constitutionality of s. 563 of the *Criminal Code* With Respect to s. 11(d) of the *Charter*

The History of the Jury Selection Process of the Criminal Code

Stevenson J. has thoroughly explained in his reasons the present system of jury selection and its historical origins. I will only make two brief additional remarks. First of all, the stand by as it evolved in English law was indeed a deferred chal-

que les noms des jurés mis à l'écart en premier lieu soient appelés de nouveau.

Les questions constitutionnelles qu'a formulées l'ex-juge en chef Dickson, le 7 juin 1989, mettent en cause la constitutionnalité des art. 562 et 563 du *Code criminel* (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 633 et 634) par rapport aux art. 7 et 15 et à l'al. 11d) de la *Charte*. L'appelant a concentré son argumentation sur les par. 563(1) et (2) du *Code* et n'a pas abordé la validité de l'art. 562 ni du par. 563(3). Il n'a pas non plus présenté d'argument relativement à l'art. 15 de la *Charte*. Il ne nous reste donc qu'à statuer sur la compatibilité des par. 563(1) et (2) du *Code criminel* avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Dans leurs mémoires et dans leur argumentation, les parties n'ont pas fait valoir d'arguments particuliers à l'égard de l'art. 7; ils se sont appuyés plutôt sur les arguments qu'ils avaient avancés relativement à l'al. 11d).

Je conviens avec les parties qu'en ce qui a trait à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal en matière pénale, l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* convergent. L'alinéa 11d) énonce simplement un aspect particulier de la protection générale contre les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l'art. 7, comme l'a déjà dit le juge Lamer (maintenant juge en chef) dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Les arguments avancés relativement à l'al. 11d) sont aussi valables en ce qui concerne l'art. 7. Puisque c'est sur l'al. 11d) que les débats ont porté dans la présente espèce, je vais me concentrer sur cet alinéa dans mes motifs par souci de commodité.

I—La constitutionnalité de l'art. 563 du *Code criminel* au regard de l'al. 11d) de la *Charte*

L'historique du processus de sélection des jurés énoncé dans le Code criminel

Le juge Stevenson explique dans le détail le système actuel de sélection des jurés ainsi que ses origines historiques. Je n'ajouterai que deux brèves remarques. Tout d'abord, les mises à l'écart du droit anglais représentaient en réalité des récusations.

lenge for cause. The 1305 statute (*An Ordinance for Inquests*, 33 Ed. 1, c. 4) that abolished peremptory challenges for the Crown enacted that the Crown shall only challenge for cause. Stand bys were created through what established itself as the current interpretation of the statute: the Crown can only challenge for cause, but it need not show cause before the entire jury panel has been exhausted and a complete jury has not been sworn. The Canadian stand by operates slightly otherwise, since the Crown still can exercise peremptory challenges under the *Criminal Code*. The *Code*, in s. 570(1), acknowledges this by permitting peremptory challenges (even by the accused) to be exercised against a stood by juror. The Canadian stand by could therefore be better qualified as a deferred consideration of the prospective juror.

Furthermore, I wish to stress that Parliament, in enacting *An Act to amend the Criminal Code (respecting jurors)*, S.C. 1917, c. 13, did not eliminate stand bys. A maximum of 48 was imposed on the number of stand bys that could be directed by the Crown without leave of the Court, but Parliament did not see fit to abolish stand bys altogether. Some significance must be attached to this, since one of the main reasons why a maximum number was enacted was the fear of abuses by the Crown, even though no record of such abuse was put forward during the House debates. To prevent possible abuses, Parliament limited the number of Crown stand bys and introduced control by the Court of any additional requests, but it certainly saw a beneficial use to them that surpassed the perceived risk for abuse, since they were kept in the *Criminal Code*.

The Relationship Between Peremptory Challenges and Stand Bys

As a preliminary matter, I have one comment on the central assumption underpinning the appellant's argument: that Crown stand bys are often in effect equivalent to peremptory challenges, since the jury panels are in most jurisdictions so large that they are never exhausted and the need to recall stood by jurors is almost never felt. Yet the various

tions motivées différées. La loi de 1305 (*An Ordinance for Inquests*, 33 Ed. 1, ch. 4) qui a aboli les récusations péremptoires par le poursuivant ne lui permettait dès lors que les récusations motivées. Les mises à l'écart ont été créées par suite de ce qui est devenu l'interprétation actuelle de la loi: le ministère public peut seulement récuser un juré pour un motif déterminé, mais il n'a pas à exposer ce motif avant que le tableau des jurés en entier ait été épuisé et que le jury ait été constitué. En droit canadien, il en va un peu autrement: le *Code criminel* accorde encore des récusations péremptoires au poursuivant. Au paragraphe 570(1), le *Code* autorise des récusations péremptoires (même par l'accusé) à l'endroit de jurés mis à l'écart. On peut donc affirmer que, dans le système canadien, la mise à l'écart consiste en fait en un examen différé de candidats jurés.

En outre, je tiens à souligner qu'en adoptant, en 1917, la *Loi modifiant le Code Criminel (concernant les jurés)*, S.C. 1917, ch. 13, le législateur n'a pas éliminé les mises à l'écart. Il a limité à un maximum de 48 le nombre des mises à l'écart que pouvait ordonner le ministère public sans permission de la Cour, mais il n'a pas jugé bon de les abolir purement et simplement. Cela revêt une certaine importance, car l'une des raisons principales pour lesquelles ce maximum a été établi résidait dans la crainte d'abus par le ministère public encore qu'aucun n'ait été démontré au cours des débats à la Chambre. Pour les prévenir, le législateur a limité le nombre de mises à l'écart par le ministère public et instauré le contrôle par le tribunal des demandes supplémentaires, mais il a certainement estimé que les avantages l'emportaient sur le risque d'abus qu'il avait perçu, car les mises à l'écart figurent toujours au *Code criminel*.

Le rapport entre les récusations péremptoires et les mises à l'écart

Je ferai une remarque préliminaire au sujet de la présomption sur laquelle repose toute l'argumentation de l'appelant: c'est-à-dire que les mises à l'écart du ministère public constituent souvent en réalité des récusations péremptoires, parce que, dans la plupart des circonscriptions, le tableau des jurés comporte un tel nombre de candidats qu'il

provincial acts either make the size of jury panels discretionary (see for instance *Juries Act*, R.S.O. 1980, c. 226, s. 12; *Jury Act*, S.A. 1982, c. J-2.1, s. 7; *Jury Act*, R.S.B.C. 1979, c. 210, s. 9; *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. J-5, s. 11; *The Jury Act*, R.S.M. 1987, c. J30, s. 17; *Jury Act*, S.N.B. 1980, c. J-3.1, s. 13 and *The Jury Act, 1981*, S.S. 1980-81, c. J-4.1, s. 6) or leave some discretion to vary the prescribed number (see for instance *Jurors Act*, R.S.Q., c. J-2, s. 15; *The Jury Act*, S.N. 1980, c. 41, s. 17, or *Juries Act*, R.S.N.S. 1989, c. 242, s. 6). The Court cannot assess the size of such panels from the statutes themselves, and it certainly may not be assumed to have judicial notice of the size of panels throughout the judicial districts in Canada. The assertions of the appellant should be supported by at least some evidence. In the case at bar, none of the parties has sought to adduce evidence as to the size of jury panels in Canada and the frequency of challenges and stand bys. When the parties present arguments based on the *Charter*, particularly on issues such as impartiality and independence, a proper factual basis, supported by evidence, is essential. As this Court wrote in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 361:

Charter decisions should not and must not be made in a factual vacuum. To attempt to do so would trivialize the *Charter* and inevitably result in ill-considered opinions. The presentation of facts is not . . . a mere technicality; rather, it is essential to a proper consideration of *Charter* issues.

This Court insisted on the need for facts again in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086. It is to the advantage of the parties to give this Court the means to reach a decision on the issues. Fortunately, these reasons do not depend on whether Crown peremptory challenges and stand bys are distinguishable or not in prac-

n'est jamais épuisé et que l'on n'a presque jamais besoin de rappeler les candidats mis à l'écart. Pourtant, les lois provinciales soit laissent à l'appréciation des responsables le nombre des candidats jurés assignés (voir par exemple la *Loi sur les jurys*, L.R.O. 1980, ch. 226, art. 12; la *Jury Act*, S.A. 1982, ch. J-2.1, art. 7; la *Jury Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 210, art. 9; la *Jury Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. J-5, art. 11; la *Loi sur les jurés*, L.R.M. 1987, ch. J30, art. 17; la *Loi sur les jurés*, L.N.-B. 1980, ch. J-3.1, art. 13 et *The Jury Act, 1981*, S.S. 1980-81, ch. J-4.1, art. 6), soit attribuent un certain pouvoir discrétionnaire quant à la modification du nombre fixé (voir par exemple la *Loi sur les jurés*, L.R.Q., ch. J-2, art. 15; *The Jury Act*, S.N. 1980, ch. 41, art. 17 ou la *Juries Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 242, art. 6). La Cour ne peut pas inférer le nombre de candidats jurés d'après le texte de la loi et l'on ne saurait certainement pas présumer qu'elle connaît d'office le nombre de candidats jurés dans tous les districts judiciaires du pays. Les assertions de l'appellant doivent être étayées au moins par quelque preuve. En l'espèce, ni l'une ni l'autre des parties n'ont cherché à présenter de preuve quant au nombre des candidats jurés au Canada et quant à la fréquence des récusations et des mises à l'écart. Quand les parties avancent des arguments fondés sur la *Charte*, en particulier à propos de questions telles l'impartialité et l'indépendance, il est essentiel d'établir, par des éléments de preuve, les faits sur lesquels reposent ces arguments. Comme l'écrit notre Cour dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la p. 361:

Les décisions relatives à la *Charte* ne doivent pas être rendues dans un vide factuel. Essayer de le faire banaliserait la *Charte* et produirait inévitablement des opinions mal motivées. La présentation des faits n'est pas [. . .] une simple formalité; au contraire, elle est essentielle à un bon examen des questions relatives à la *Charte*.

Dans l'arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, notre Cour a insisté de nouveau sur la nécessité d'établir les faits. Il y va de l'intérêt des parties de donner à notre Cour les moyens de statuer sur les points litigieux. Heureusement, il n'est pas essentiel, dans les présents motifs, de décider s'il y a, en pratique, une diffé-

tice, and hence it will be assumed for the sake of argument that they are not.

The Test for Impartiality Under the Charter

In an inquiry under the *Charter*, the appropriate test for impartiality was set out by this Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, where the Court adopted the test first enunciated by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, and reaffirmed in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673. This test states that “the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information” (by de Grandpré J., at p. 394). De Grandpré J. added in the next paragraph, at p. 395, that “[t]he grounds for this apprehension must, however, be substantial”

Lippé, supra, also confirmed at p. 140 that “[j]ust as the requirement of judicial independence has both an individual and institutional aspect . . . so too must the requirement of judicial impartiality”. The applicable test for institutional impartiality was outlined by the Chief Justice in the following terms, at p. 144:

Step One: Having regard for a number of factors including, but not limited to, the nature of the occupation and the parties who appear before this type of judge, will there be a reasonable apprehension of bias in the mind of a fully informed person in a substantial number of cases?

Step Two: If the answer to that question is no, allegations of an apprehension of bias cannot be brought on an institutional level, but must be dealt with on a case-by-case basis. [Emphasis in the original.]

The appellant claims that s. 563 of the *Code* violates the *Charter* guarantees of institutional impartiality. In effect, he asserts that a well-informed observer would find that Crown peremptory challenges and stand bys give rise to a reasonable apprehension of bias in a substantial number of

rence entre les récusations péremptoires et les mises à l'écart ordonnées par le ministère public et par conséquent, nous tenons pour acquis qu'il n'y en a pas pour les besoins de la cause.

Le critère de l'impartialité sous le régime de la Charte

En matière de conformité avec la *Charte*, notre Cour a énoncé le critère pertinent à l'impartialité dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Elle a retenu le critère défini d'abord par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, puis repris dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673. Selon ce critère, «la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet» (le juge de Grandpré, à la p. 394). Au paragraphe suivant, à la p. 395, ce dernier ajoute que «[t]outefois, les motifs de crainte doivent être sérieux . . .»

L'arrêt *Lippé*, précité, a confirmé de plus, à la p. 140, que «[t]out comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel [. . .], il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire». Le critère applicable à l'égard de l'impartialité institutionnelle a été exposé par le Juge en chef dans les termes suivants, à la p. 144:

Première étape: Compte tenu d'un certain nombre de facteurs, y compris mais sans s'y restreindre, la nature de l'occupation en cause et les parties qui comparaissent devant ce genre de juge, une personne parfaitement informée éprouvera-t-elle une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas?

Deuxième étape: Si la réponse à cette question est négative, on ne saurait alléguer qu'il y a crainte de partialité sur le plan institutionnel et la question doit se régler au cas par cas. [Souligné dans l'original.]

L'appelant soutient que l'art. 563 du *Code* porte atteinte aux garanties d'impartialité institutionnelle qu'offre la *Charte*. En effet, il affirme qu'un observateur bien renseigné estimerait que les récusations péremptoires et les mises à l'écart du poursuivant suscitent une crainte raisonnable de partialité dans

cases. This standard requires more than just a perception of risk: there must be, in the normal operation of s. 563 of the *Code*, as it is applied in fact, a serious fear that partial juries will result too often to be explained solely by factors pertaining to each individual situation.

My aim in placing such emphasis on the meaning of institutional partiality is not to render it nugatory by imposing an insuperable burden on the applicant for *Charter* review. Indeed in *Lippé, supra*, the mere fact that municipal court judges were also practising lawyers would have been a sufficient basis for finding a violation of the guarantees of institutional impartiality but for safeguards provided by the legislation. An allegation of institutional partiality remains however a serious one: in its generality, it implies that the legal framework surrounding the institution in question is itself flawed, irrespective of the particular circumstances of the various cases.

In the case at bar, it is not sufficient, for a determination under s. 11(d) of the *Charter*, simply to take notice of the disparity between the Crown and the accused in the jury selection process and then to conclude that a reasonable apprehension of bias arises. The right minded observer described in the above paragraph must put his or her mind to the question and acquire some information to enlighten his or her opinion. This observer knows better than the person on the street. He or she reads more than just the headlines. In making up his or her mind about the jury selection process, he or she must be expected to have sought knowledge and to have thought about the formation of jury panels, about the roles the parties play in the jury selection process and about the relationship between the formation of the jury and the trial as a whole.

The Formation of Jury Panels

Jury trials are a central element of Anglo-American criminal law. Sometimes lauded, sometimes vilified, trial by jury has withstood the test of time

un grand nombre de cas. Cette norme exige plus que la perception d'un risque: il faut qu'il y ait, dans l'application normale de l'art. 563 du *Code*, tel qu'il est appliqué dans les faits, une crainte sérieuse que des jurys partiels soient trop souvent constitués, à tel point que le résultat appréhendé ne puisse être expliqué par des facteurs liés à chaque cas d'espèce.

En mettant ainsi l'accent sur la signification de la partialité institutionnelle, je ne vise pas à rendre l'argument sans valeur en faisant peser sur celui qui demande l'examen en vertu de la *Charte* un fardeau dont il lui sera impossible de s'acquitter. En fait, dans *Lippé*, précité, le simple fait que les juges municipaux étaient aussi des avocats en exercice aurait suffi pour que la Cour conclût à la violation des garanties d'impartialité institutionnelle, n'eût été les sauvegardes prévues par la loi. Une allégation de partialité institutionnelle demeure néanmoins grave: vu sa généralité, elle implique que le substrat juridique de l'institution en question est lui-même entaché, peu importe les faits particuliers des diverses affaires.

Dans la présente espèce, il ne suffit pas, pour statuer sur l'application de l'al. 11d) de la *Charte*, de simplement prendre judiciairement connaissance de la situation différente entre le poursuivant et l'accusé dans le processus de sélection des jurés, puis de conclure à une crainte raisonnable de partialité. L'observateur sensé dont nous avons parlé précédemment doit s'arrêter à la question et prendre les renseignements nécessaires pour éclairer son jugement. Il en sait plus long que le citoyen ordinaire. Il ne se contente pas de lire les manchettes. En formant son opinion sur le processus de sélection des jurés, il doit avoir étudié la question plus à fond et s'être penché sur la formation du tableau des candidats jurés, sur le rôle des parties dans la sélection des jurés et sur le rapport entre la constitution du jury et l'ensemble du procès.

La formation du tableau des candidats jurés

Les procès devant jury sont un élément fondamental du droit pénal anglo-américain. Parfois loué, parfois décrié, le procès devant jury a résisté

and has acquired such an importance that it has been entrenched in our Constitution through s. 11(f) of the *Charter*. Juries give a human side to criminal trials. The many purposes served by jury trials have been canvassed by the Law Reform Commission of Canada in its 1980 Working Paper, *The Jury in Criminal Trials*, and they have been touched upon by this Court in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509.

In *Sherratt, supra*, this Court has also elaborated on some of the fundamental characteristics a jury must possess to exercise its duty properly, that is impartiality and representativeness. On the relationship between them, Justice L'Heureux-Dubé wrote at pp. 525-26 of her reasons for judgment:

Provincial legislation guarantees representativeness, at least in the initial array. The random selection process, coupled with the sources from which this selection is made, ensures the representativeness of Canadian criminal juries. . . . Thus, little if any objection can be made regarding this crucial characteristic of juries.

However, the "in-court" selection procedure, set out in the *Criminal Code*, can impact on the representativeness of the jury in some situations. The impartiality of the jury is controlled in the main through the *Criminal Code* procedure.

It could be said that random selection, which favours representativeness, provides as well a certain guarantee that the jury will also be impartial, but this is by no means true in all cases. Randomness is not a panacea. Indeed, in order to bolster the impartiality of the jury, the *Criminal Code* offers to the parties various means of challenging prospective jurors, whether collectively or individually, at ss. 558 (now s. 629), 562 (now s. 633), 563 (now s. 634) and 567 (now s. 638) of the *Code*. In *Sherratt, supra*, the majority of this Court has recognized that these challenges contribute to the impartiality of the jury and sometimes even improve its representativeness.

au passage du temps et en est venu à prendre une telle importance qu'il a été inscrit dans notre Constitution, à l'al. 11f) de la *Charte*. Les jurys humanisent les procès criminels. La Commission de réforme du droit du Canada a examiné à fond, en 1980, les nombreuses fins auxquelles servent les procès devant jury dans son document de travail intitulé *Le jury en droit pénal*, et notre Cour les a abordées dans l'arrêt *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509.

Dans l'arrêt *Sherratt*, précité, notre Cour a également donné des détails sur certaines des caractéristiques fondamentales que doit présenter le jury pour bien remplir sa fonction, savoir l'impartialité et la représentativité. Au sujet de la relation entre les deux, le juge L'Heureux-Dubé écrit, aux pp. 525 et 526 de ses motifs:

La représentativité est garantie par la législation provinciale, du moins dans le cas du tableau initial. Le processus de sélection au hasard, conjugué aux sources à partir desquelles s'effectue cette sélection, assure la représentativité du jury criminel canadien. [. . .] Il y a donc peu, s'il en est, d'objections à formuler au sujet de cette caractéristique cruciale du jury.

La procédure de sélection de jurés «à l'audience», énoncée au *Code criminel*, peut, néanmoins, influencer sur la représentativité du jury dans certaines situations. L'impartialité du jury est assurée principalement au moyen de la procédure exposée dans le *Code criminel*.

On peut soutenir que la sélection au hasard, qui favorise la représentativité, offre en outre une certaine garantie d'impartialité du jury, mais c'est loin de se vérifier dans tous les cas. Le choix au hasard n'est pas une panacée. En fait, pour accroître l'impartialité du jury, le *Code criminel* offre aux parties divers moyens pour récuser les candidats jurés, collectivement ou individuellement, aux art. 558 (maintenant art. 629), 562 (maintenant art. 633), 563 (maintenant art. 634) et 567 (maintenant art. 638). Dans l'arrêt *Sherratt*, précité, notre Cour a reconnu à la majorité que ces récusations contribuent à l'impartialité du jury et parfois améliorent même sa représentativité.

A further quality of a proper jury that has not been discussed in *Sherratt, supra*, is competence. Jurors should not only be representative and impartial, they should also be able to understand the trial, their role in the trial, the evidence that is presented, the principles they have to apply, among other things. This requirement of competence is not mentioned in relevant legislation, aside from general requirements of mental health and linguistic capability, but it is implicit. Most trials require the same competence as is involved in the daily pursuit of one's affairs, and the ability to speak and understand one of the official languages will suffice. Some trials are more complex and complicated, however, especially in the area of economic crimes, to name only one, and then a tampering with randomness may be appropriate to achieve a minimal ability to understand the evidence and issues.

The well-informed observer certainly knows that a jury should be impartial, representative and competent. He or she will also know that the random selection process that leads to the formation of a panel of prospective jurors naturally fosters these three qualities, but that it does not in and of itself guarantee them. Procedures exist through which parties are granted a limited possibility of affecting jury selection to further any of these characteristics. Of these procedures, challenges to the jury panel and challenges for cause are not at issue here.

The appellant raises doubts about peremptory challenges and Crown stand bys only. The observer would accordingly inquire as to whether any apparent justification for the disparity between the accused and the Crown can be found in the rationales behind these recourses, and whether there is any link, or appearance of link, between the selection process and the impartiality of the jury.

Une autre qualité que devrait avoir un jury n'a pas été examinée dans l'arrêt *Sherratt*: la compétence. Les jurés doivent non seulement être représentatifs et impartiaux, mais encore être en mesure de comprendre, entre autres, le procès, leur rôle dans celui-ci, la preuve produite et les principes qu'ils doivent appliquer. Cette exigence de la compétence n'est pas mentionnée dans les dispositions pertinentes, mis à part les exigences générales relatives à la santé mentale et à la compétence linguistique, mais elle est implicite. La plupart des procès exigent la même compétence que celle dont doit faire preuve le citoyen en vaquant quotidiennement à ses affaires, et la capacité de parler et de comprendre une des langues officielles suffira. Certains procès sont cependant plus complexes et plus compliqués, surtout en matière de crimes économiques, par exemple, et il peut alors s'avérer nécessaire d'intervenir dans la sélection au hasard pour assurer une aptitude minimale de compréhension de la preuve et des questions en litige.

L'observateur bien renseigné sait certainement qu'un jury doit être impartial, représentatif et compétent. Il sait aussi que le processus de la sélection au hasard qui mène à la formation d'un tableau de candidats jurés favorise naturellement ces trois qualités, mais qu'en soi il ne les garantit pas. Il existe des procédures qui offrent aux parties une possibilité restreinte de modifier la sélection des jurés pour favoriser l'une ou l'autre de ces caractéristiques. Parmi ces procédures, la récusation du tableau des candidats jurés et les récusations motivées ne sont pas en cause en l'espèce.

L'appellant émet des doutes seulement au sujet des récusations péremptoires et des mises à l'écart accordées au ministère public. L'observateur se demanderait donc si la justification apparente de la disparité entre la situation de l'accusé et celle du ministère public peut résider dans la raison d'être de ces procédures, et s'il y a un lien, réel ou apparent, entre le processus de sélection et l'impartialité du jury.

The Rationales for Peremptory Challenges and Stand Bys

The well-informed observer will know about the role of the accused and the Crown in the jury selection process, and he or she can draw inferences about the rationales for their respective recourses therefrom.

The Role of the Accused

The accused has a fairly clear and circumscribed role in the trial and in the jury selection process. Nothing more is expected of him or her than trying to avoid conviction and punishment by asserting his or her rights according to law.

The accused has no right to a jury of his or her choice, however, as was recognized by the majority of this Court in *Sherratt, supra*. As long as the jury selection process produces an impartial jury, the accused has no claim to any greater influence on the jury than is given him or her by this process. He or she cannot positively choose the jury, but the law allows him or her to exclude prospective jurors from it.

The *Criminal Code* gives the accused a variable number of peremptory challenges, depending on the seriousness of the offence. These peremptory challenges allow the accused to exclude prospective jurors from the jury. The main rationale for these had already been outlined by Blackstone, in his *Commentaries on the Laws of England*, Lewis ed., vol. 4, at p. 353 and p. 1738 (of Lewis' Edition):

[The peremptory challenge] is grounded on two reasons. 1. As every one must be sensible what sudden impressions and unaccountable prejudices we are apt to conceive upon the bare looks and gestures of another, and how necessary it is that a prisoner (when put to defend his life) should have a good opinion of his jury, the want of which might totally disconcert him, the law will not that he should be tried by any one man against whom he has conceived a prejudice, even without being able to assign a reason for such his dislike. 2. Because, upon challenges for cause shown, if the reasons assigned prove insufficient to set aside the juror, perhaps the bare

La raison d'être des récusations péremptoires et des mises à l'écart

L'observateur bien renseigné connaîtra le rôle de l'accusé et du poursuivant dans le processus de sélection des jurés, et il peut y voir les raisons justifiant les moyens mis à la disposition de chacune des parties dans cette procédure.

Le rôle de l'accusé

L'accusé a un rôle assez clair et circonscrit dans le procès et dans le processus de sélection des jurés. L'on ne s'attend pas à ce qu'il fasse autre chose que d'essayer d'éviter la déclaration de culpabilité et la peine en faisant valoir ses droits conformément à la loi.

L'accusé n'a cependant pas droit à un jury de son choix, comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *Sherratt*, précité. Dans la mesure où le processus de sélection des jurés permet de former un jury impartial, l'accusé ne saurait exercer plus d'influence sur le jury que ne lui accorde ce processus. Il ne peut choisir les membres du jury, mais la loi lui permet d'en écarter des candidats.

Le *Code criminel* donne à l'accusé, selon la gravité de l'infraction, un nombre variable de récusations péremptoires, au moyen desquelles il peut écarter des candidats jurés. Déjà, dans ses *Commentaries on the Laws of England*, éd. Lewis, vol. 4, Blackstone avait exposé la raison d'être principale de ces récusations:

[La récusation péremptoire] est fondée sur deux raisons. 1°. On sait quelles impressions subites, quelles préventions inexplicables peuvent exciter en nous les regards seuls, l'air, les gestes d'une personne; et l'on conçoit combien il importe qu'un prisonnier, quand il a son existence à défendre, n'ait pas de ses jurés une opinion défavorable, qui pourrait le déconcerter totalement: en conséquence la loi s'oppose à ce qu'il soit examiné par un homme qui lui a inspiré de l'aversion, quoiqu'il ne puisse indiquer la cause de sa prévention. 2°. Dans le cas de récusation *pour cause*, si le motif allégué ne paraît pas suffisant pour exclure le juré, il se peut que le

questioning his indifference may sometimes provoke a resentment, to prevent all ill consequences from which the prisoner is still at liberty, if he pleases, peremptorily to set him aside.

These are still today the main reasons offered to justify peremptory challenges by the accused. Babcock, in "Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'" (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, names them respectively the "didactic" and "shield" functions of the peremptory challenge at pp. 552-55. Professor Babcock develops the didactic function of the challenge further than Blackstone: not only does it allow the accused to summarily dismiss prospective jurors without specific motives, but it also "teaches the litigant, and through him the community, that the jury is a good and proper mode for deciding matters and that its decision should be followed because in a real sense the jury belongs to the litigant. . ." (at p. 552). The "shield" function remains accessory. The Law Reform Commission of Canada, in its 1982 report, *The Jury*, also explained peremptory challenges for the accused along the same lines at p. 46.

The Role of the Crown

The role of the Crown in the jury selection process, as in the trial as a whole, is not only different, but also asymmetrical.

In General

In the criminal process, the Crown Attorney is not expected to seek conviction above everything else, just like the accused attempts to avoid conviction. He or she has special duties in his or her quality as a public officer. Additional duties are super-added to his or her duties as representative of the prosecution side, duties that will often lead to conflicts with the course of action that another lawyer, acting for an individual party, would take, and that

simple fait d'avoir mis en question son impartialité, provoque son ressentiment: et, pour en prévenir les fâcheuses conséquences, il est encore libre au prisonnier de l'écartier, s'il le veut, par la récusation *péremptoire*.

^a (Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 6, aux pp. 257 et 258.)

^b Ce sont encore de nos jours les raisons principales invoquées pour justifier les récusations péremptoires par l'accusé. Dans son article «Voir Dire: Preserving 'Its Wonderful Power'» (1975), 27 *Stan. L. Rev.* 545, aux pp. 552 à 555, Babcock attribue à ces fonctions de la récusation péremptoire les qualificatifs suivants: «éducatives» et «protectrices». Le professeur Babcock ajoute aux propos de Blackstone, sur la fonction éducative, les précisions suivantes: non seulement elle permet à l'accusé de refuser d'accepter des candidats jurés sans donner de motifs précis, mais encore elle ^c [TRADUCTION] «apprend au plaideur, et par son entremise à la collectivité, que le jury constitue un moyen bon et convenable de trancher des questions et qu'il y a lieu de suivre sa décision parce qu'en réalité, le jury appartient au plaideur. . .» (à la p. 552). La fonction «protectrice» reste accessoire. Dans son rapport intitulé *Le jury*, paru en 1982, la Commission de réforme du droit du ^d Canada a expliqué les récusations péremptoires de l'accusé de la même manière, aux pp. 46 et 47.

Le rôle du ministère public

^e Le rôle du ministère public dans le processus de sélection des jurés, comme dans l'ensemble du procès, est non seulement différent, mais aussi asymétrique.

En général

^f Dans le processus pénal, on ne s'attend pas à ce que le substitut du procureur général cherche à obtenir la déclaration de culpabilité avant tout, comme l'accusé tente, lui, d'éviter la condamnation. Il remplit une charge particulière en sa qualité d'auxiliaire de la justice. D'autres obligations s'ajoutent à ses fonctions de représentant de l'accusation, obligations qui entreront souvent en conflit avec le parti que choisirait un autre avocat,

will therefore impose limits on prosecutorial conduct.

As Bull put it, in his address "The Career Prosecutor of Canada" (1962), 53 *J. Crim. L.C. & P.S.* 89, at p. 95:

He, then, is the attorney for the people or the State against the accused in a proceeding in which the State dissociates itself from the act of its own member, denouncing his conduct and exhibiting an antagonism in its will against the will of the wrong-doer.

. . .

The Crown Attorney however is something more. The Crown embraces the whole of the state including the wrong-doer himself. On the one hand the monarch . . . guarantees that the subject shall enjoy peace—the Queen's Peace. On the other hand the monarch has repeatedly guaranteed to every subject . . . the right of fair trial and due process of law.

The inherent richness and complexity of the prosecutor's role was also brought to the fore in *R. v. Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276, where the Ontario Court of Appeal held at p. 289:

By reason of the nature of our adversary [*sic*] system of trial, a Crown prosecutor is an advocate; he is entitled to discharge his duties with industry, skill and vigour. Indeed, the public is entitled to expect excellence in a Crown prosecutor just as an accused person expects excellence in his counsel. But a Crown prosecutor is more than an advocate, he is a public officer engaged in the administration of justice . . .

With respect to the nature of the duties of Crown prosecutors, the Ontario Court of Appeal in the above case referred to *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, the seminal pronouncement of this Court on the subject. There Rand J. wrote this oft-quoted passage at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and

représentant un particulier, et qui limitent par le fait même son action comme poursuivant.

Comme le dit Bull, dans son exposé «The Career Prosecutor of Canada» (1962), 53 *J. Crim. L.C. & P.S.* 89, à la p. 95:

[TRADUCTION] Il est donc le procureur du peuple ou de l'État contre l'accusé dans une procédure dans laquelle l'État se dissocie de l'acte d'un de ses citoyens, dénonçant sa conduite et opposant sa volonté à celle du malfaiteur.

. . .

Le substitut du procureur général est toutefois quelque chose de plus. L'État embrasse le peuple entier, y compris le malfaiteur lui-même. D'une part, le monarque [. . .] garantit la paix à son sujet—la paix de la Reine. D'autre part, le monarque a de façon répétée garanti à chaque sujet [. . .] le droit à un procès équitable et à l'application régulière de la loi.

La richesse et la complexité inhérentes du rôle du poursuivant ont également été mises en lumière dans l'arrêt *R. c. Savion and Mizrahi* (1980), 52 C.C.C. (2d) 276. La Cour d'appel de l'Ontario y a décidé ce qui suit, à la p. 289:

[TRADUCTION] En raison de la nature de notre système judiciaire contradictoire, le substitut du procureur général est un avocat; il a le droit d'accomplir ses obligations avec application, habileté et énergie. En effet, le public a le droit de compter que le substitut du procureur général fasse un travail excellent tout comme l'accusé exige l'excellence de la part de son avocat. Mais le substitut du procureur général est plus qu'un avocat, il est un auxiliaire de la justice . . .

Au sujet de la nature des fonctions des substituts du procureur général, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt précité s'est reportée à l'arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, décision charnière de notre Cour sur la question. Le juge Rand est l'auteur de ce paragraphe souvent reproduit et qui se trouve aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de voir à ce que tous les éléments de

pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

(See also *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.)

Taschereau J. (as he then was) also dealt with the general issue of prosecutorial responsibilities in these terms at p. 21:

[TRANSLATION] The position of Crown counsel is not that of counsel in a civil matter. His functions are quasi-judicial. He must not so much try to obtain a conviction as assist the judge and jury so that justice will be fully done. Moderation and impartiality must always characterize his conduct in court. He will have honestly carried out his duty and will be beyond reproach if, putting aside any appeal to the passions, in a dignified manner appropriate to his role, he presents the evidence to the jury without going beyond what it has revealed.

These words remain every bit as pertinent today as they were then and as they had been before. Since Crown prosecutors play a central role in the proper functioning of our judicial system, and since they are vested with much discretion and subject to few controls, their duties can never be too often reaffirmed. The single-minded pursuit of convictions cannot be compatible with the responsibilities of Crown prosecutors. They must present the case for the prosecution to the best of their ability, always acting in furtherance of the duties entrusted to their office. The examination of the role of Crown Attorneys in criminal trials cannot be better concluded than with this passage from Hilbery, *Duty and Art in Advocacy*, at p. 13:

[A prosecutor's duty is] to see to it that every material point is made which supports the prosecution case or

preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

(Voir aussi *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.)

Le juge Taschereau (plus tard Juge en chef) étudie lui aussi la question générale des responsabilités du poursuivant; voici un extrait de ses motifs, à la p. 21:

La situation qu'occupe l'avocat de la Couronne n'est pas celle de l'avocat en matière civile. Ses fonctions sont quasi-judiciaires. Il ne doit pas tant chercher à obtenir un verdict de culpabilité qu'à assister le juge et le jury pour que la justice la plus complète soit rendue. La modération et l'impartialité doivent toujours être les caractéristiques de sa conduite devant le tribunal. Il aura en effet honnêtement rempli son devoir et sera à l'épreuve de tout reproche si, mettant de côté tout appel aux passions, d'une façon digne qui convient à son rôle, il expose la preuve au jury sans aller au delà de ce qu'elle a révélé.

Ces propos sont tout aussi pertinents aujourd'hui qu'ils l'étaient à cette époque et qu'ils l'avaient été auparavant. Comme les substituts du procureur général jouent un rôle vital dans le bon fonctionnement de notre système judiciaire et comme ils sont investis d'un vaste pouvoir discrétionnaire et assujettis à peu de contrôles, on ne saurait trop souvent réaffirmer leurs responsabilités. La recherche obstinée de déclarations de culpabilité ne peut pas être compatible avec leurs responsabilités. Ils doivent présenter la preuve de l'accusation au mieux de leur compétence, en s'efforçant toujours d'accomplir les devoirs de leur charge. On ne peut mieux conclure cet examen du rôle des substituts du procureur général dans les procès criminels que par cet extrait de l'ouvrage de sir Malcolm Hilbery, *Duty and Art in Advocacy*, à la p. 13:

[TRADUCTION] [La fonction du poursuivant] est de voir à ce que soit avancé chaque argument propre à étayer la

destroys the case put forward for the defence. But as prosecuting Counsel he should not regard his task as one of winning the case. He is an officer of justice. He must present the case against the prisoner relentlessly, but with scrupulous fairness. He is not to make merely forensic points or debating scores. There is, perhaps, no occasion when the Barrister is called upon to exhibit a nicer sense of his responsibilities than when prosecuting.

During the Jury Selection Process

In keeping with this quasi-judicial role, the Crown prosecutor in the jury selection process has a duty to ensure that the jury presents the three characteristics outlined above, that is impartiality, representativeness and competence. Let it be made clear, however, that these qualities, especially impartiality, must not be sought in light of securing a conviction, but rather in light of selecting the best jury to try the case. Indeed the Crown Attorney should use the means at his or her disposal to exclude prospective jurors that could be biased in favour of the prosecution, even if the defence is not aware of this fact. The "didactic" function that was attached to the peremptory challenge for the accused is absent in the case of the Crown: it does not have to develop any sense of adherence to or acceptance of the trial process through the selection of the jury, and accordingly neither does it have any interest in excluding candidates on the basis of unsupported perceptions. The Crown Attorney's only justification for taking part in the jury selection process stems from his or her responsibilities as a public officer.

The Crown nevertheless has an important function to fulfil during jury selection. This function can better be understood by comparison with other jurisdictions.

In the United States, the trial judge generally retains a wide discretion to excuse prospective jurors at the outset of the trial on grounds deemed by him or her sufficient (*Texas & Pacific Railway Co. v. Hill*, 237 U.S. 208 (1915)); in federal procedure, this principle is embodied in 28 U.S.C.

preuve de l'accusation ou à réfuter la preuve de la défense. Mais le poursuivant ne doit pas penser que son devoir est d'avoir gain de cause. Il est un auxiliaire de la justice. Il doit présenter la preuve contre le prisonnier implacablement, mais avec un respect scrupuleux de l'équité. Il ne doit pas chercher simplement à être éloquent ou à marquer des points. Il n'existe peut-être pas d'occasion où l'avocat est appelé à démontrer un sens plus aigu de ses responsabilités que lorsqu'il représente la poursuite.

Dans le cadre du processus de sélection des jurés

Conformément à ce rôle quasi judiciaire, le substitut du procureur général a l'obligation, au cours du processus de sélection des jurés, de veiller à ce que le jury présente les trois caractéristiques précitées, soit l'impartialité, la représentativité et la compétence. Il faut cependant préciser que ces qualités, surtout l'impartialité, ne doivent pas être recherchées dans le but d'obtenir la déclaration de culpabilité, mais bien dans celui de choisir le jury le plus apte à juger l'affaire. En fait, le substitut du procureur général doit utiliser les moyens dont il dispose pour écarter les candidats jurés qui pourraient avoir un parti pris en faveur de la poursuite, même si la défense ne s'en rend pas compte. La fonction «éducative» rattachée à la récusation péremptoire dans le cas de l'accusé n'existe pas dans celui du ministère public: il n'a pas à être persuadé, par la sélection des jurés, d'adhérer au processus judiciaire ou de l'accepter, et il n'a donc pas non plus d'intérêt à écarter des candidats jurés sur la base de perceptions non fondées. Si le substitut du procureur général prend part au processus de sélection des jurés, c'est pour s'acquitter de ses obligations en tant qu'auxiliaire de la justice.

Le ministère public a néanmoins une fonction importante à remplir durant la sélection des jurés. La comparaison avec d'autres pays nous permettra de mieux comprendre cette fonction.

Aux États-Unis, le juge du procès est en règle générale investi d'un vaste pouvoir discrétionnaire; il peut, au début du procès, exempter des candidats jurés pour des motifs qu'il estime suffisants (*Texas & Pacific Railway Co. v. Hill*, 237 U.S. 208 (1915)); en matière fédérale, ce principe est consa-

§ 1866(c)(2)). Afterwards, jury selection involves extensive questioning during a *voir dire* where jurors can be asked various questions, in order to enable the parties to gain sufficient information for their challenges for cause. Furthermore, the range of causes for which a juror can be excluded is virtually limitless, since U.S. courts have repeatedly held that States cannot limit an accused's constitutional right to a fair trial by purporting to enact a closed list of causes for challenge (the evolution of American law on this issue is discussed in Jordan, *Jury Selection*, at pp. 49-55. A large measure of flexibility can therefore be found both in the discretion given to the trial judge and in the unlimited number of grounds of challenge for cause. This flexibility allows for special cases of juror inaptitude to be dealt with as they arise in particular cases, hence enabling the selection process to produce a jury that conforms to constitutional guarantees.

In the United Kingdom, the *Juries Act 1974*, 1974, c. 23, gives a designated officer of the court a general power to excuse (at s. 9) or to defer attendance (at s. 9(2)), when jurors put forward a good reason to do so. At trial, the court itself has a power to excuse for good reason prospective jurors from their jury duties (s. 9(4) of the *Juries Act 1974*), and it also retains a common law power to refuse to allow to be sworn prospective jurors who are incapable of duly attending to the evidence (*Mansell v. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20). At common law, the grounds for challenge for cause are limited, not unlike in Canada. In the United Kingdom, the flexibility to deal with individual jurors whose qualifications may be problematic comes from these broad powers given to the court officer in charge of constituting the panels and to the trial court. A further element of flexibility comes from Crown stand bys, which in English law have been severely curtailed by guidelines from the Attorney General (published at "Practice Note", [1988] 3 All E.R. 1086). These guidelines recognize at paragraph 4 that,

cré dans 28 U.S.C. § 1866c(2)). Par la suite, la sélection des jurés donne lieu à un interrogatoire approfondi au cours d'un voir dire, pendant lequel diverses questions peuvent être posées aux jurés afin de permettre aux parties d'obtenir suffisamment de renseignements pour exercer leur droit à la récusation motivée. Au surplus, l'éventail des motifs pour lesquels un juré peut être exclu est presque illimité, puisque les tribunaux américains ont à maintes reprises décidé que les États ne pouvaient pas restreindre le droit d'un accusé à un procès équitable, garanti par la Constitution, en prétendant édicter une liste exhaustive de motifs de récusation (dans son ouvrage *Jury Selection*, aux pp. 49 à 55, Jordan étudie l'évolution du droit américain à cet égard). Une forte dose de flexibilité peut donc être observée autant dans le pouvoir discrétionnaire accordé au juge du procès que dans le nombre illimité de motifs de récusation. Cette flexibilité permet de statuer sur les cas particuliers d'inhabilité des jurés, au moment où ils se présentent, et de constituer ainsi, grâce au processus de sélection, un jury conforme aux garanties constitutionnelles.

Au Royaume-Uni, la *Juries Act 1974*, 1974, ch. 23, attribue à un fonctionnaire désigné de la cour le pouvoir général d'exempter un candidat juré (art. 9) ou de reporter sa participation (par. 9(2)), quand il fait valoir une bonne raison. Au procès, la cour a elle-même le pouvoir de dispenser du devoir de participer au jury les candidats jurés qui présentent un motif valable (par. 9(4) de la *Juries Act 1974*, précitée) et la common law lui reconnaît toujours le pouvoir de refuser d'assermenter les candidats jurés qui sont incapables de bien comprendre la preuve (*Mansell c. The Queen* (1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20). En common law, les motifs de récusation sont limités, un peu comme au Canada. Au Royaume-Uni, la flexibilité dont on peut faire preuve à l'endroit des candidats jurés dont les qualités peuvent être problématiques est due aux pouvoirs étendus qui sont attribués à l'officier de justice chargé de former les tableaux, ainsi qu'à la cour qui entend le procès. Un autre élément de flexibilité est fourni par les mises à l'écart accordées au ministère public, qui en droit anglais, ont été grandement restreintes par les

given the discretionary powers outlined above, stand bys will be necessary only in rare cases. Despite the differences in Canadian law that will be outlined below, it is of the utmost interest to note the underlying principles to Crown stand bys, as stated in paragraph I:

1. Although the law has long recognised the right of the Crown to exclude a member of a jury panel from sitting as a juror by the exercise in open court of the right to request a stand by or, if necessary, by challenge for cause, it has been customary for those instructed to prosecute on behalf of the Crown to assert that right only sparingly and in exceptional circumstances. It is generally accepted that the prosecution should not use its right in order to influence the overall composition of a jury or with a view to tactical advantage.

In Canada, constitutional considerations intervene. As this Court has held in *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, at pp. 712-13, "the provincial power for the administration of justice stops and the federal power over criminal procedure begins when the judge's activity is not concerned with the assembly of an array of eligible citizens, but with the precautions necessary to ensure an impartial jury". The Court wrote also at p. 713 that "its [the province's] authority over the jury pool is limited to eligibility and personal matters unconnected with the criminal case to be tried". The element of flexibility that was found in American and English law must therefore be found in the provisions of the *Criminal Code*.

In the *Code*, not only is there a list of grounds for challenge for cause in s. 567(1) of the *Criminal Code*, but this list is closed by s. 567(2) of the *Code*. The scope for challenges for cause is therefore limited, unlike in American law. Furthermore, pre-screening of prospective jurors through direct questioning from the judge is confined to obvious cases where consent of counsel can be presumed, following the strand of case law culminating in

lignes directrices énoncées par le procureur général (publiées dans «Practice Note», [1988] 3 All E.R. 1086). Ces lignes directrices reconnaissent, au paragraphe 4, qu'étant donné les pouvoirs discrétionnaires susmentionnés, les mises à l'écart ne seront nécessaires que dans de rares cas. Malgré les différences en droit canadien que nous verrons plus loin, les principes qui sous-tendent les mises à l'écart accordées au ministère public présentent beaucoup d'intérêt. Ils sont énoncés au paragraphe I:

[TRADUCTION] 1. Certes, le droit reconnaît depuis longtemps le droit de la Couronne d'exclure un candidat juré à l'audience en exerçant son droit de mettre à l'écart, ou le cas échéant, en le récusant pour cause, mais ceux qui ont été chargés de la poursuite au nom de la Couronne ont coutume d'user de ce droit avec modération et dans des cas exceptionnels. Il est généralement admis que la poursuite ne doit pas exercer ce droit pour orienter la composition du jury ou pour en tirer un avantage tactique.

Au Canada, des considérations constitutionnelles entrent en jeu. Comme notre Cour l'a dit dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, aux pp. 712 et 713, «la compétence provinciale en matière d'administration de la justice cesse et la compétence fédérale en matière de procédure criminelle commence, lorsque les actes du juge concernent non plus la constitution d'un tableau de citoyens admissibles, mais plutôt les précautions qu'il est nécessaire de prendre pour garantir l'impartialité du jury». La Cour ajoute, à la p. 714, que «leur compétence [celle des provinces] sur le tableau des jurés se limite à l'admissibilité et aux questions personnelles qui n'ont rien à voir avec le procès criminel qui doit avoir lieu.» On doit donc retrouver dans le *Code criminel* l'élément de flexibilité qu'offrent les droits américain et anglais.

Dans le *Code*, non seulement on trouve au par. 567(1) une liste des motifs de récusation, mais encore on constate que le par. 567(2) en fait une liste exhaustive. Les récusations motivées ont donc une portée limitée, contrairement à ce que prévoit le droit américain. Par surcroît, la sélection préalable des jurés qu'effectue le juge en interrogeant les candidats directement est restreinte aux cas évidents dans lesquels le consentement des avocats

Sherratt, supra. Canadian law does not give the trial judges powers to excuse of the same breadth as in the United States or the United Kingdom. It does not put this necessary element of flexibility, in dealing with particular prospective jurors in particular cases, in the hands of the court or of court officers.

Whereas the United States and the United Kingdom rely on the trial judge's discretion or extensive challenge for cause procedures, the Canadian solution to this problem is to allow the Crown, through means put at its disposal, to exclude a prospective juror from the jury. Therein lies the role of the Crown in the Canadian jury selection process. Through this role, in conformity with its general duties, the Crown addresses the need to be able to exclude prospective jurors who would not fall under any of the statutory grounds of exclusion but whose presence on the jury would nevertheless impair its impartiality, its representativeness or its competence. It provides the element of flexibility.

The means provided by the *Code* for the exercise of Crown duties during jury selection is s. 563, where the prosecutor receives powers of peremptory challenge and stand by. As mentioned previously, it is significant that Parliament, when it last addressed the issue of stand bys in 1917, did not choose to abolish them but rather to establish a uniform limit in numbers beyond which judicial authorization is required. Crown stand bys (the same reasoning can be applied to peremptory challenges) had then and still have a function and an importance of their own in the jury selection process.

The relatively large number of challenges and stand bys given to the Crown is consistent with the need for flexibility in the process. It is not incum-

est présumé, suivant le courant jurisprudentiel dont l'arrêt *Sherratt*, précité, est l'aboutissement. Le droit canadien n'accorde pas au juge du procès un pouvoir de dispense aussi large que celui dont sont investis les juges des États-Unis et du Royaume-Uni. Il ne met pas à la disposition des juges ou des fonctionnaires judiciaires cet élément de flexibilité nécessaire lorsqu'il s'agit de scruter les qualités de certains candidats jurés.

Alors qu'aux États-Unis et au Royaume-Uni, on compte sur le pouvoir discrétionnaire du juge du procès et sur une procédure libérale des récusations motivées, au Canada, la solution à ce problème est le pouvoir donné au ministère public d'écartier un candidat juré en utilisant les moyens mis à sa disposition. Voilà donc le rôle du ministère public dans le processus de sélection des jurés au Canada. En remplissant cette fonction, conformément à ses obligations générales, le ministère public répond au besoin d'exclure les candidats jurés qui ne sont visés par aucun motif de récusation prévu par la loi, mais dont la participation au jury serait néanmoins préjudiciable à son impartialité, sa représentativité ou sa compétence. Là réside l'élément de flexibilité.

Les moyens que fournit le *Code* au ministère public pour qu'il s'acquitte de sa tâche pendant la sélection des jurés se trouvent à l'art. 563, dans lequel le poursuivant se voit accorder des pouvoirs de récusation péremptoire et de mise à l'écart. Répétons-le, il importe de signaler qu'en 1917, c'est-à-dire la dernière fois qu'il s'est penché sur la question des mises à l'écart, le législateur n'a pas choisi de les abolir, mais plutôt de fixer une limite uniforme au delà de laquelle l'autorisation judiciaire est exigée. Les mises à l'écart accordées au ministère public (le même raisonnement vaut pour les récusations péremptoires) avaient alors et ont encore une fonction et une importance particulières dans le processus de sélection des jurés.

Le nombre assez élevé de récusations et de mises à l'écart accordées au ministère public est conforme au besoin de flexibilité du processus. Il

bent upon the Court to inquire into the adequacy of the actual numbers contained in the *Code*.

They are the result of historical compromises. The 48 stand bys, for instance, represent an average of the number of persons on jury panels in the nine provinces at the time of the enactment of the *Act to amend the Criminal Code (respecting jurors)*. Whether the figure of 48 is properly determined and whether it is still adequate today are questions better left for Parliament to decide. Irrespective of the precise number, though, this relatively high figure, and consequently the possibility of a large number of Crown interventions in jury selection, enables the Crown fully to play its role when the situation so requires. The Crown will not exercise all of its four challenges and 48 stand bys merely because it holds them. In fact, a proper exercise of its role would call for restraint. Since the Crown plays this important quasi-judicial role and infuses some flexibility into the jury selection process, however, it is only normal that the means of exclusion at its disposal also allow some room for manoeuvre. Moreover, the limit of 48 itself is flexible, since upon judicial authorization it can be increased.

As a result, in my view, the well-informed observer, who knows that the accused and the Crown play different roles in the jury selection process, would not hold a reasonable apprehension of bias from the mere fact that a disparity in the number of recourses against jurors exists in the *Criminal Code*. He or she would see in this disparity a reflection of the asymmetry between the roles of the accused, which is limited, going almost to self-preservation in nature, and of the Crown Attorney, who must conscientiously discharge the quasi-judicial duties incumbent on his or her public office and who accordingly requires some flexibility in the means available to him or her. He or she might well consider that this disparity contributes to a better jury by fostering its impartiality, representativeness and competence. This line of

n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur l'à-propos des nombres fixés dans le *Code*.

Ces nombres résultent de compromis historiques. Ainsi, les 48 mises à l'écart représentent une moyenne du nombre de candidats jurés formant le tableau dans les neuf provinces au moment de l'adoption de la *Loi modifiant le Code criminel (concernant les jurés)*. Que ce nombre de quarante-huit ait été déterminé à bon droit et qu'il soit toujours approprié, ce sont là des questions qui relèvent du pouvoir législatif. Mais peu importe le nombre en soi, ce chiffre assez élevé et, par conséquent, la possibilité d'un nombre important d'interventions du ministère public dans la sélection du jury permettent à ce dernier de bien jouer son rôle quand la situation le commande. Le ministère public n'utilisera pas ses quatre récusations et ses 48 mises à l'écart simplement parce qu'il en a le droit. En fait, il convient qu'il fasse preuve de modération pour bien remplir sa fonction. Comme le ministère public joue cet important rôle quasi judiciaire et insuffle une certaine flexibilité dans le processus de sélection du jury, il n'est que normal que les moyens dont il dispose pour exclure des candidats jurés lui laissent une marge de manoeuvre. Au surplus, la limite de 48 est elle-même flexible, puisqu'elle peut être augmentée avec la permission du tribunal.

Par voie de conséquence, l'observateur bien renseigné, qui sait que l'accusé et le ministère public jouent des rôles différents dans le processus de sélection des jurés, n'aurait pas à mon sens de crainte raisonnable de partialité du simple fait qu'il existe dans le *Code criminel* une disparité dans le nombre de moyens de s'opposer à des jurés. Il verrait dans cette disparité le reflet de l'asymétrie entre le rôle de l'accusé, qui est restreint, tenant presque de l'instinct de conservation, et celui du substitut du procureur général, qui doit s'acquitter consciencieusement des obligations quasi judiciaires inhérentes à sa charge publique et qui a donc besoin d'une certaine flexibilité dans les moyens dont il dispose. Il pourrait bien estimer que cette disparité contribue à la constitution d'un meilleur jury en favorisant son impartialité, sa

reasoning has been followed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351, by the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401, and by the Quebec Court of Appeal in *Mansbridge v. R.* (October 1, 1991), Quebec 200-10-000149-851 (C.A.), J.E. 91-1653.

The Link Between the Selection of the Jury and its Impartiality

Furthermore, the observer would fail in my view to see any clear link between the jury selection process and the impartiality of the empanelled jury.

The appellant's central tenet is that the verdict of the jury can be influenced at the stage of selection. The parties, by exerting an influence on who is empanelled on the jury, can fashion a jury to their liking. In this respect, the greater possibility for influence given to the Crown would allow it to model the jury more than could the accused. However, notwithstanding whether they are effective or not, such systematic attempts by the Crown at hand-picking the jury to obtain a conviction would be contrary to its role in the jury selection process and an abuse of its powers. Even for the accused, the kind of deliberate planning involved with such overt jury shaping must be contrasted with the attitude envisioned by the "didactic" rationale mentioned above, where the accused voices his or her sudden perceptions and prejudices.

Factual Basis

Many studies have been conducted on the relationship between peremptory challenges and jury verdicts in the United States, but their relevance is very limited since the American jury selection procedure generally comprises an extensive *voir dire* where prospective jurors are questioned in order to provide parties with sufficient information for the selection process. Attempts to shape the verdict during selection rest on a sounder scientific basis

représentativité et sa compétence. La Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, dans *R. c. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401, et la Cour d'appel du Québec, dans *Mansbridge c. R.* (1^{er} octobre 1991), Québec 200-10-000149-851 (C.A.), J.E. 91-1653, ont tenu le même raisonnement.

Le lien entre la sélection du jury et son impartialité

De plus, l'observateur ne verrait pas, à mon avis, de lien net entre le processus de sélection et l'impartialité du jury constitué.

Le principe central sur lequel repose l'argument de l'appellant est que le verdict du jury peut être influencé à l'étape de la sélection. Les parties, en exerçant une influence sur la composition du jury, peuvent le façonner à leur guise. À cet égard, l'influence plus considérable donnée au ministère public lui permettrait de constituer un jury plus conforme à sa volonté que ne le peut l'accusé. Toutefois, sans égard à leur efficacité, de telles tentatives systématiques du ministère public de trier les jurés sur le volet afin d'obtenir une déclaration de culpabilité iraient à l'encontre de son rôle dans le processus de sélection des jurés et constitueraient un abus de pouvoir. Même dans le cas de l'accusé, pareille volonté délibérée de former un jury manifestement conforme à son goût doit être mise en contraste avec l'attitude de la part de l'accusé que suppose la fonction «éducative» susmentionnée, reliée à l'expression de ses impressions et préjugés du moment.

Les faits

Aux États-Unis, nombre d'études ont analysé les rapports entre les récusations péremptoires et les verdicts des jurys, mais leur pertinence est très limitée, étant donné que la procédure américaine de sélection des jurés comprend en règle générale un important voir-dire au cours duquel les candidats jurés sont interrogés afin que les parties disposent de renseignements suffisants pour choisir les jurés. Les tentatives d'influencer le verdict durant

in the United States, where parties will know after the *voir dire* how jurors think about certain issues, how they think about the crime with which the accused is charged, among others. Even then, American studies remain fairly divided on the existence of any link between jury selection and verdicts.

In Canada, the information available to the parties during the selection process is very limited: aside from apparent features such as gender, race or age, parties are only provided with the names and occupations of prospective jurors. It is not apparent that parties can influence the verdict by challenging or standing by prospective jurors, given this dearth of information.

Both parties have cited an English study, which could be taken with caution as the most applicable empirical work. In this study, titled "The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome", [1988] *Crim. L.R.* 731, authors Vennard and Riley tried to determine if the use by defendants of their peremptory challenges could increase their chances of acquittal. A quotation from their conclusions at p. 738 sheds some light on the lack of factual foundation for the appellant's claim:

... the findings do not lend support to the criticism that peremptory challenge gives an unfair advantage to the defence and that juries subjected to challenge are predisposed to acquit. Bearing in mind the uncertainty of peremptory challenge as a means of influencing the composition of the jury to achieve a favourable outcome, the lack of association is, perhaps, to be expected. First, it must be remembered that the pool of potential jurors for each defendant is limited to those members of the public who comprise the jury panel on that day. In addition, any attempt to affect the outcome through challenge relies on subjective judgments about the relationship between a potential juror's age, sex and appearance and his or her propensity to convict or acquit.

la sélection s'appuient sur des preuves scientifiques plus sérieuses aux États-Unis, où les parties connaissent après le *voir-dire* l'opinion des jurés sur certaines questions, entre autres, sur le crime reproché à l'inculpé. Même alors, on note que les points de vue sont assez partagés, dans les études américaines, sur l'existence d'un lien entre la sélection des jurés et les verdicts.

Au Canada, les renseignements dont disposent les parties durant le processus de sélection sont très limités: mis à part les traits physiques apparents, tel le sexe, la race ou l'âge, les parties ne sont mises au courant que du nom et de l'occupation des candidats jurés. Il n'est pas évident que les parties sont en mesure d'influencer le verdict en récusant ou en mettant à l'écart des candidats jurés, vu le peu d'information qui leur est communiqué.

Les deux parties ont cité une étude anglaise, que l'on pourrait tenir avec circonspection pour l'ouvrage empirique le plus applicable. Dans cette étude, intitulée «The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome», [1988] *Crim. L.R.* 731, les auteurs Vennard et Riley ont essayé de déterminer si le recours par les accusés aux récusations péremptoires pouvait augmenter leurs chances d'acquittal. Un extrait de leurs conclusions, tiré de la p. 738, jette un peu de lumière sur l'insuffisance des données factuelles pouvant étayer la thèse de l'appelant:

[TRADUCTION] ... les constatations ne corroborent pas la critique selon laquelle la récusation péremptoire donne un avantage injuste à la défense et selon laquelle les jurys dont on demande la récusation sont prédisposés à l'acquittal. Si l'on se rappelle qu'il n'est pas certain que la récusation péremptoire soit un moyen d'influencer la composition du jury de manière à obtenir un résultat favorable, l'absence de lien de cause à effet n'est peut-être pas étonnante. Premièrement, il ne faut pas oublier que les seuls candidats que peut sélectionner l'accusé sont ceux qui forment le tableau des candidats jurés le jour en question. En outre, toute tentative d'influencer le résultat au moyen des récusations dépend de jugements subjectifs sur le rapport entre l'âge, le sexe et l'apparence d'un candidat et sa prédisposition à la condamnation ou à l'acquittal.

Of course, I do not consider that jurors come to their task with a completely blank slate, devoid of any preconceptions and prejudices. Each juror has his or her own particular mind set, and it forms part of his or her representative quality. It must be emphasized, however, that parties who try to fashion the jury through the selection process play the sorcerer's apprentice. The appellant cannot claim that these attempts violate his rights under the *Charter*.

The well-informed observer should not be expected to have read the most recent empirical studies on jury selection. Yet he or she will certainly see that there is little practical relation between the excluded jurors and the impartiality of the jury actually selected, and that Crown challenges and stand bys serve a legitimate purpose and remain but one part of a criminal trial.

The Excluded Jurors and the Jury Itself

This Court in *Sherratt, supra*, recognized that tampering with the randomness of the jury roll at the selection stage, through challenges and stand bys, was permissible and did not in and of itself give rise to a reasonable apprehension of bias, as was mentioned above.

During the selection process, both parties have at their disposal means to exclude jurors summarily. There is no indication, and the appellant does not contend, that the number of peremptory challenges given to the accused is insufficient as such. The appellant complains only that the Crown has stand bys in great numbers in addition to its peremptory challenges. Since in addition to the peremptory challenges the accused is unrestricted in challenging for cause, and since the stand by procedure is an exclusionary mechanism, even its abuse, while it might result in some qualified and impartial persons' being excluded, does not lead to the choice of biased jurors. The 12 jurors finally selected will not appear to be partial to the Crown. It cannot be inferred that those challenged or stood by by the Crown were necessarily favourable to the accused (even if it were so, the accused is

Naturellement, je sais bien que les jurés n'accomplissent pas leur tâche en faisant table rase de leurs idées préconçues et de leurs préjugés. Chacun d'eux a ses idées arrêtées et est en cela représentatif. Il convient toutefois de souligner que les parties qui essaient de façonner le jury au moyen du processus de sélection sont des apprentis sorciers. L'appelant ne peut pas affirmer que ces tentatives portent atteinte à ses droits garantis par la *Charte*.

L'observateur bien renseigné n'aura vraisemblablement pas lu les dernières études empiriques sur la sélection des jurés. Pourtant il constatera certainement qu'il n'y a en pratique que peu de rapport entre les jurés exclus et l'impartialité du jury constitué, et que les récusations et les mises à l'écart accordées au ministère public visent un but légitime et ne constituent que l'un des aspects du procès criminel.

Les jurés exclus et le jury

Dans l'arrêt *Sherratt*, précité, notre Cour a reconnu qu'il était permis de modifier la représentativité du tableau des jurés à l'étape de la sélection, au moyen des récusations et des mises à l'écart, et que cela ne suscitait pas en soi une crainte raisonnable de partialité, comme nous l'avons vu.

Durant le processus de sélection, les deux parties disposent de moyens d'écarter des candidats sommairement. Rien n'indique et l'appelant ne prétend pas que le nombre de récusations péremptoires accordé à l'accusé soit insuffisant. Ce dont il se plaint, c'est que le ministère public jouit de nombreuses mises à l'écart en sus de ses récusations péremptoires. Puisque, en plus de ses récusations péremptoires, l'accusé peut user sans restriction des récusations motivées, et puisque la procédure des mises à l'écart représente un mécanisme d'exclusion, même l'abus à cet égard, encore qu'il puisse entraîner l'exclusion de quelques personnes compétentes et impartiales, ne conduit pas au choix de jurés partiels. Les douze jurés sélectionnés ne sembleront pas partiels envers le ministère public. On ne saurait inférer que les candidats récusés ou mis à l'écart par le

not entitled to a favourable jury, as was noted before). Reciprocally, it cannot be concluded that a juror is biased in favour of the Crown simply because the Crown has not exercised a challenge or a stand by against him or her.

In the end, the 12 members of the jury, who have withstood the selection process, are the ones who matter in examining whether a reasonable apprehension of bias arises. The accused as well as the Crown had the opportunity to exclude them somehow as they were called, if they had any doubt on their fitness to serve as jurors. To the observer, this feature of the jury selection process not only does not give rise to an apprehension of bias, but rather increases the perception that the jury is impartial, since the accused and the Crown have had a chance to weed out the jury.

In *R. v. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81 (Ont. H.C.), Potts J. adopted the same approach, and he made the following statement at pp. 86-87:

When one reviews the entire jury selection process, it becomes clear that the acts complained of as being unfair are at the end of a rather lengthy process designed to ensure randomness and independence and impartiality. Can the Crown's ability to request that a potential juror stand aside be seen to impugn this entire process? I respectfully submit that it cannot. At best, the jury selection carried on in a courtroom by counsel is educated guesswork operating on a sample of strangers carefully chosen in a neutral fashion. Does an individual, chosen at random, who has survived the scrutiny of the accused assume a pro-Crown bias merely because he is not asked by the Crown to stand aside? Does a jury composed of such individuals become something less than "independent and impartial"? Alternatively, does an individual who is initially asked to stand aside but later recalled assume a pro-accused bias merely because he had first been asked to stand aside? I would respectfully submit that the individual biases of any potential juror are left unaffected by the Crown's request to stand aside or not. Therefore, I find that the independence and impartiality of the jury as a whole as it is finally selected are not affected by the number of stand-asides which the

ministère public étaient nécessairement favorables à l'accusé (même si c'était le cas, l'accusé n'a pas droit à un jury favorable, comme on l'a fait remarquer précédemment). Réciproquement, on ne saurait conclure qu'un juré est bien disposé envers le ministère public simplement parce que celui-ci n'a pas exercé son droit de le récuser ou de le mettre à l'écart.

En dernière analyse, les douze membres du jury, qui n'ont pas été écartés durant le processus de sélection, sont ceux qui importent lorsqu'il s'agit de décider s'il y a une crainte raisonnable de partialité. L'accusé et le ministère public ont eu la possibilité de les écarter d'une façon ou d'une autre quand leur nom a été appelé s'ils avaient un doute quant à leurs qualités pour être jurés. Pour l'observateur, cette caractéristique du processus de sélection des jurés non seulement ne suscite pas de crainte raisonnable de partialité, mais renforce plutôt la perception que le jury est impartial, puisque l'accusé et le ministère public ont eu l'occasion d'éliminer des candidats jurés.

Dans l'arrêt *R. c. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81 (H.C. Ont.), le juge Potts a adopté ce point de vue. Il a déclaré ce qui suit, aux pp. 86 et 87:

[TRADUCTION] Lorsque l'on étudie l'ensemble du processus de sélection du jury, il devient évident que les actes que l'on qualifie d'injustes se trouvent à la fin d'un processus plutôt long conçu pour garantir un jury indépendant et impartial choisi au hasard. Peut-on considérer que la faculté qu'a le ministère public de demander la mise à l'écart d'un candidat juré vicie le processus tout entier? J'avance avec égards qu'il n'en est rien. Au mieux, la sélection du jury faite par les avocats dans la salle d'audience résulte du flair professionnel à l'œuvre sur un groupe d'étrangers soigneusement choisis de façon neutre. La personne choisie au hasard qui n'a pas été récuser par l'accusé acquiert-elle un préjugé favorable au ministère public du simple fait que celui-ci ne lui a pas demandé de se tenir à l'écart? Le jury composé de telles personnes devient-il moins qu'«indépendant et impartial»? D'autre part, la personne à qui l'on a tout d'abord demandé de se tenir à l'écart et qui est rappelée par la suite devient-elle sympathique à l'accusé simplement parce qu'on l'avait d'abord mise à l'écart? J'estime que les préjugés particuliers des candidats jurés n'ont rien à voir au fait que le ministère public leur demande ou non de se tenir à l'écart. Par conséquent, je

Crown has or has elected to use. Although when viewed in isolation the Criminal Code provisions may appear to be unfair, I find that when the entire jury selection process is reviewed the advantage to the Crown, while present, is slight; it certainly does not constitute a rule which is so unfair that it results in an unfair trial of the accused.

I cannot but agree with these words, as did the Ontario Court of Appeal in *R. v. Stoddart*, *supra*.

Peremptory Challenges and Stand Bys Within the Criminal Trial

Moreover, the likelihood that the impugned disparity had an influence on the jury clashes squarely with other fundamental characteristics of criminal jury trials.

For one, the verdict of the jury must be unanimous. According to Lord Devlin, *Trial by Jury*, at p. 48, this rule was established in 1367 and has remained unchanged since. In our criminal law, the jury only exists as a collectivity, and not as a group of individuals. Such a conception is borne out by empirical findings as well. In their book *Jury Trials*, Baldwin and McConville conclude at pp. 104-105:

Having examined the relationships between the characteristics of juries and the verdicts they return, we can confidently state that no single social factor (nor, as far as we could detect, any group of factors operating in combination) produced any significant variation in the verdicts returned across the board. This negative conclusion is, to a degree, a surprising one since common sense and a voluminous literature would have suggested the opposite. The contradiction is, however, relatively easily explained. The truth of the matter is that most juries . . . were extremely mixed, and it is to be expected that the amalgam of personal and social attributes that make up a jury will produce verdicts which reflect that unique social mix rather than the broad social characteristics of the individuals concerned.

Any attempt to influence the verdict of the jury by hand-picking its members, unless it can be done on

conclus que le nombre de mises à l'écart que le ministère public a choisi d'utiliser ou dont il dispose n'a aucun effet sur l'indépendance et l'impartialité du jury tel que constitué. Certes, prises isolément les dispositions du Code criminel peuvent sembler inéquitables, mais je conclus que, si l'on examine l'ensemble du processus de sélection des jurés, l'avantage dont jouit le ministère public, quoique réel, est léger; il ne s'agit certainement pas d'une règle inéquitable au point d'entraîner pour l'accusé un procès inéquitable.

Je ne peux que souscrire à ces propos, comme l'a fait la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Stoddart*, précité.

Les récusations péremptoires et les mises à l'écart dans le contexte du procès criminel

Au surplus, la probabilité que la disparité en cause ait eu une influence sur le jury est carrément incompatible avec les autres caractéristiques fondamentales des procès criminels devant jury.

Tout d'abord, le verdict du jury doit être unanime. Dans son ouvrage *Trial by Jury*, à la p. 48, lord Devlin affirme que cette règle remonte à 1367 et n'a pas changé depuis. Dans notre droit pénal, le jury n'a d'existence que collectivement et non en tant que réunion d'individus. Des études confirment cette conception. Dans leur ouvrage, *Jury Trials*, Baldwin et McConville tirent la conclusion suivante, aux pp. 104 et 105:

[TRADUCTION] Après avoir examiné le rapport entre les caractéristiques des jurys et les verdicts qu'ils rendent, nous pouvons affirmer avec confiance qu'aucun facteur social (ni, dans la mesure où nous avons pu l'observer, aucun groupe de facteurs combinés) n'a produit de variation importante dans les verdicts rendus. Ce résultat négatif est, jusqu'à un certain point, étonnant, car le bon sens et de nombreux ouvrages semblent indiquer le contraire. La contradiction peut cependant s'expliquer assez facilement. À la vérité, la plupart des jurys [...] étaient composés d'éléments très variés et l'on peut s'attendre à ce que l'amalgame des attributs personnels et sociaux que représente un jury produise des verdicts qui traduisent ce mélange social unique plutôt que les caractéristiques sociales générales des personnes qui le composent.

Toute tentative d'influencer le verdict du jury en triant les membres sur le volet, sauf si elle réussit à

such a grand scale as to affect the whole jury, is bound to run against the unanimity requirement, and its efficacy may therefore be highly doubted by the observer.

Furthermore, the parties to a criminal trial both try to convince the jury to adopt their conclusions. The criminal trial as a whole is an adversarial process, designed to lay before the jury all the evidence and all the arguments that are relevant to its decision. If the verdict could be determined at the jury selection stage, the trial would serve little purpose. Crown challenges and stand bys are part of a larger trial procedure conceived to allow the culpability of the accused to be debated, while remaining fair to the accused. The burden of proof requirements, the evidentiary exclusions and the defences open to the accused all contribute to these objectives. In arguing that a mere disparity in the jury selection process suffices to predetermine the verdict and to render the whole trial unfair, the appellant denies the very essence of the trial.

These considerations were behind one of the earliest pronouncements on the issue, found in *R. v. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28 (Ont. H.C.), at pp. 29-30:

The jury selection process is just one step in the trial. The course of a trial is governed and affected by almost countless rules relating to procedure and the admissibility of evidence. Many of those rules when isolated and looked at individually, would appear to favour either the Crown or the accused. Indeed, the same rule may at one point favour the Crown and at another point favour the accused. Others of those rules consistently favour either the Crown or the accused. The requirements; that the Crown prove each element of a charge beyond a reasonable doubt before there can be a conviction; that the accused cannot be required to testify and that the Crown and the trial judge may not comment on the fact that the accused has not testified are examples of rules that favour the accused.

déterminer la composition du jury tout entier, va sûrement se heurter à l'exigence de l'unanimité, et son efficacité peut donc être sérieusement mise en doute par l'observateur.

Par surcroît, les parties à une poursuite criminelle essaient toutes deux de convaincre le jury d'adopter leurs conclusions. Le procès criminel dans l'ensemble constitue un processus contradictoire, conçu pour présenter au jury toute la preuve et tous les arguments pertinents par rapport à la décision qu'il doit prendre. S'il était possible de déterminer le verdict dès l'étape de la sélection des jurés, le procès aurait peu d'utilité. Les récusations et les mises à l'écart accordées au ministère public font partie de la procédure générale d'un procès qui vise à débattre la culpabilité de l'accusé, tout en étant équitable à son endroit. Les exigences de fardeau de la preuve, l'exclusion d'éléments de preuve et les moyens de défense dont l'accusé peut se prévaloir, tout cela contribue à la réalisation de ces objectifs. En soutenant que la simple inégalité des moyens offerts durant le processus de sélection des jurés suffit à prédéterminer le verdict et à rendre l'ensemble du procès injuste, l'appelant nie l'essence même du procès.

Ces considérations ont fondé l'une des premières opinions émises sur la question, dans l'arrêt *R. c. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28 (H.C. Ont.), aux pp. 29 et 30:

[TRADUCTION] Le processus de sélection du jury n'est qu'une étape du procès; le cours de ce dernier est régi et influencé par un nombre presque illimité de règles relatives à la procédure et à la recevabilité de la preuve. Nombre de ces règles, prises et considérées isolément, paraîtraient favoriser soit le ministère public, soit l'accusé. De fait, la même règle peut, à un moment, favoriser le ministère public, et à un autre, l'accusé. D'autres parmi ces règles favorisent constamment soit le ministère public, soit l'accusé. Mentionnons parmi les règles qui favorisent l'accusé les suivantes: le ministère public doit faire la preuve de chaque élément des chefs d'accusation au-delà de tout doute raisonnable pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut être contraint de témoigner et ni le ministère public ni le juge du procès ne peuvent faire de commentaires sur le fait que l'accusé n'a pas témoigné.

In my view, so far as the issue before me is concerned, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gives to every citizen the right to a fair trial. It does not assure him the right that every rule that governs that trial, when examined individually, be fair to him. It does, however, assure him that any individual rule that is so unfair that it will result in an unfair trial being had will be struck down.

The above reasoning has been echoed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Stoddart, supra*, by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Bolduc* (1986), 4 Q.A.C. 201, and by the Newfoundland Court of Appeal in *R. v. Curtis* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227. I would also adopt it. One must beware, of course, of excusing violations of the *Charter* in criminal procedure on the grounds that our system of criminal trial as a whole is fair. As was said in *Piraino*, some rules may be so unfair that they will be struck down.

In the case at bar, however, the well-informed observer, knowing the qualities expected in a good jury (impartiality, representativeness and competence), understands the difference between the roles of the accused and the Crown in the jury selection process as well as the tenuous relationship of peremptory challenges and stand bys with the impartiality of the jury and the fairness of the trial as a whole. Considering these factors, a disparity in the means afforded to the parties does not create in him or her an apprehension that the jury is systematically partial because of the operation of the provisions of the *Criminal Code*.

Institutional and Individual Impartiality

Fundamentally, the appellant's position is based on an apprehension of abuse or misuse by the Crown of its powers in a substantial number of cases, which would impinge upon the impartiality of the empanelled jury at the institutional level. I have just outlined my reasons for finding that this submission must fail in the absence of any reasonable apprehension of bias in the eyes of a well-informed observer. Throughout, I remained at the level of pure "apprehension", and I did not con-

À mon sens, en ce qui concerne le point litigieux en l'espèce, la *Charte canadienne des droits et libertés* donne à chaque citoyen le droit à un procès équitable. Elle ne lui garantit pas que chaque règle qui régit le procès, prise individuellement, sera juste à son égard. Mais elle lui garantit cependant que toute règle individuelle qui est si injuste qu'elle entraînera un procès inéquitable sera abrogée.

Ce raisonnement a été repris par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Stoddart*, précité, par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Bolduc* (1986), 4 Q.A.C. 201, et par la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'arrêt *R. c. Curtis* (1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227. Je l'approuverais moi aussi. Il faut se garder bien entendu d'excuser des atteintes à la *Charte* dans la procédure pénale sous prétexte que notre système judiciaire pénal est juste dans l'ensemble. Comme le dit la cour dans l'arrêt *Piraino*, certaines règles peuvent être si injustes qu'elles doivent être abrogées.

En l'espèce, toutefois, l'observateur bien renseigné, connaissant les qualités attendues d'un bon jury (impartialité, représentativité et compétence), comprendra la différence entre les rôles de l'accusé et du ministère public dans le processus de sélection des jurés, ainsi que le rapport tenu entre les récusations péremptoires et les mises à l'écart, d'une part, et l'impartialité du jury et le caractère équitable de l'ensemble du procès, d'autre part. Compte tenu de ces facteurs, la disparité entre les moyens offerts aux parties ne crée pas chez lui de crainte que le jury soit systématiquement partial en raison de l'application des dispositions du *Code criminel*.

Impartialité institutionnelle et impartialité individuelle

Fondamentalement, la thèse de l'appelant repose sur une crainte que le ministère public n'abuse ou ne fasse un mauvais usage de ses pouvoirs dans un grand nombre de cas, ce qui porterait atteinte, au niveau institutionnel, à l'impartialité du jury tel que constitué. J'ai exposé les raisons pour lesquelles je conclus que cet argument n'est pas fondé, vu l'absence de crainte raisonnable de partialité aux yeux d'un observateur bien renseigné. En ce faisant, je suis resté au niveau de la

sider, apart from the question of whether an apprehension could arise on the face of the *Criminal Code* provisions, whether there was any support, judicial, doctrinal or otherwise, for the appellant's alleged apprehension.

No evidence has been presented of an abusive Crown practice. It is to be noted, as was mentioned above, that Parliament chose to limit and maintain Crown stand bys in 1917, and not to abolish them, amid the fears of abuse expressed by some members. The British Parliament, when it enacted the *Criminal Justice Act 1988* (U.K.), 1988, c. 33, which abolished the peremptory challenges that remained to the accused, also avoided to abolish Crown stand bys, on the grounds that they serve a valid purpose, as outlined in the Attorney General's guidelines, *supra*. Furthermore, but for one trial court case, Canadian courts, in particular at the appellate level, have always upheld s. 563 of the *Criminal Code*. None of them found any substance in allegations of institutional partiality. Finally, at the doctrinal level, but for the slight editorial piece of Mewett, "The Jury Stand-By" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, no Canadian authors of which I am aware have reviewed the issue since the Law Reform Commission of Canada issued its report, *The Jury*, *supra*, in 1982.

The Commission's brief remarks on peremptory challenges and stand bys, at p. 47 of its report, show that it did not consider that the *Code* provisions were unfair to the accused, although it suggested the abolition of stand bys, and their replacement by an increased number of peremptory challenges, on the basis that they were obsolete and anachronistic. In the realm of independence and impartiality, however, the *Charter* does not require perfection, as has been mentioned on several occasions by this Court (see *Valente v. The Queen*, *supra*, and the recent case of *R. v. Lippé*, *supra*; as for s. 563 of the *Code*, specifically, see *R. v. Foote* (1985), 65 N.B.R. 444 (C.A.)). The constitutional validity of s. 563 of the *Criminal Code* does not mean that it is exempt from criti-

«crainte» pure et, mis à part la question de savoir si une crainte pouvait naître des dispositions mêmes du *Code criminel*, je n'ai pas examiné jusqu'ici la question de savoir si la crainte alléguée par l'appelant trouve quelque appui soit dans la jurisprudence, soit dans la doctrine ou autrement.

On n'a pas fait la preuve d'une pratique abusive de la part du ministère public. Il convient de remarquer, répétons-le, que le législateur a choisi, en 1917, de conserver et de limiter les mises à l'écart, et non pas de les abolir, malgré les craintes d'abus exprimées par certains députés. Quand il a voté la *Criminal Justice Act 1988*, (R.-U.) 1988, ch. 33, qui abolissait les récusations péremptoires dont l'accusé bénéficiait encore, le Parlement britannique a lui aussi évité d'abolir les mises à l'écart accordées au poursuivant, parce qu'elles avaient un but valable, comme l'attestent les lignes directrices, précitées, établies par le procureur général. En outre, sauf dans une affaire devant une cour de première instance, les tribunaux canadiens, dont les cours d'appel, ont toujours confirmé la validité de l'art. 563 du *Code criminel*. Aucun de ceux-ci n'a jugé fondées les allégations de partialité institutionnelle. Enfin, sauf pour le court éditorial de Mewett, «The Jury Stand-By» (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, aucun auteur canadien n'a, à ma connaissance, étudié la question depuis la parution, en 1982, du rapport de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *Le jury*, *op. cit.*

Les brèves observations de la Commission sur les récusations péremptoires et les mises à l'écart, à la p. 48, montrent qu'elle n'a pas estimé que les dispositions du *Code* étaient injustes pour l'accusé, encore qu'elle ait proposé l'abolition des mises à l'écart et leur remplacement par un nombre accru de récusations péremptoires, parce que les premières étaient dépassées et anachroniques. En matière d'indépendance et d'impartialité toutefois, la *Charte* n'exige pas la perfection, comme notre Cour l'a déclaré à plusieurs reprises (voir l'arrêt *Valente c. La Reine*, précité, et l'arrêt récent *R. c. Lippé*, précité; quant à l'art. 563 du *Code* précisément, voir l'arrêt *R. c. Foote* (1985), 65 N.B.R. 444 (C.A.)). La constitutionnalité de l'art. 563 du *Code criminel* ne signifie pas qu'il soit à l'abri des

cism. Many avenues for its reform and the reform of the jury selection process have been proposed. I do not wish to comment on them. Absent *Charter* violations, this Court has no mandate to engage in law reform.

The appellant's arguments amount to suggesting that jury trials conducted under the provisions of the *Criminal Code* have in a substantial number of cases been unfair to the accused or at least given rise to an apprehension of unfairness. Far be it from me to give in to the sheer weight of history, but trial by jury remains such a central and cherished feature of our criminal law that it would seem somewhat incongruous that many juries to date (or at least many of those selected after Crown challenges and stand bys were exercised) would be so fundamentally flawed. It would be regrettable to invalidate s. 563 of the *Code* on the basis of such sweeping assertions, thereby also defeating the legitimate and useful purposes for which it has been enacted.

Should the possibility of abuse advanced by the appellant materialize in instant cases, where the Crown rather than fulfilling its duty would misuse or abuse its powers, these could be adequately dealt with on an individual basis.

In the United States, it is true, problems have arisen with the use of peremptory challenges by the prosecution to exclude blacks from the jury. In *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), the Supreme Court of the United States has held that in these situations the accused has a recourse against the prosecution if discrimination is proven. Canada has largely been spared these prosecutorial practices, but if they occur, the common law and the *Charter* offer sufficient protection to the accused (see Hébert, "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne", in *Droit pénal—orientations nouvelles*, and Morgan, "Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15). Although the right of the Crown to stand by jurors is not such as to give rise to a reasonable apprehension of partiality in a

critiques. Bon nombre de propositions de réforme de ce texte et du processus de sélection des jurés ont été formulées. Je ne ferai pas d'observations à ce sujet. À défaut de violation de la *Charte*, notre Cour n'a pas pour mandat de réformer le droit.

Les arguments de l'appellant équivalent à soutenir que les procès devant jury, suivant la procédure prévue dans le *Code criminel*, ont, dans un grand nombre de cas, été injustes pour l'accusé ou ont du moins suscité une crainte d'injustice. Loin de moi l'idée de plier sous le simple poids de l'histoire, mais le procès devant jury demeure une caractéristique fondamentale et précieuse de notre droit pénal, à tel point qu'il me semblerait un peu absurde que de nombreux jurys (ou du moins bon nombre de ceux qui ont été constitués après l'exercice par le ministère public de son droit de récuser ou de mettre à l'écart des candidats jurés) aient été, jusqu'à nos jours, essentiellement viciés à ce point. Il serait regrettable d'invalider l'art. 563 du *Code* sur la base de telles généralisations et, en ce faisant, de mettre de côté les objectifs légitimes et utiles en vue desquels il a été adopté.

Si la possibilité d'abus que fait valoir l'appellant venait à se concrétiser—le ministère public usant à tort ou abusant de ses pouvoirs au lieu de remplir sa fonction—le problème pourrait être réglé au cas par cas.

Aux États-Unis, il est vrai, des problèmes se sont posés au sujet de l'usage des récusations péremptoires par des poursuivants pour exclure des Noirs du jury. Dans l'arrêt *Batson c. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), la Cour suprême des États-Unis a décidé que, en pareil cas, l'accusé peut faire valoir un droit contre le poursuivant si la discrimination est prouvée. Le Canada a en grande partie évité de telles pratiques de la part des poursuivants, mais si elles se produisent, la common law et la *Charte* offrent suffisamment de garanties à l'accusé (voir Hébert, «Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne», dans *Droit pénal—orientations nouvelles*, et Morgan, «Controlling Prosecutorial Powers—Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15). Bien que le droit du ministère public de demander à des jurés de se

substantial number of cases, should a case occur in which the use of stand bys by the Crown is such as to create a reasonable apprehension of partiality, a court must be mindful that the purpose of the *Charter* is the unremitting protection of individual rights and liberties—*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155. It will be up to the trial judge to ensure that the prosecution is not abusing its power of stand bys, and to allay any apprehension as to impartiality. This was the approach apparently taken by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783. In that case, counsel for the Crown used 20 stand bys for the admitted purpose of empanelling an all-female jury for the trial of a man accused of sexual assault. The Court of Appeal allowed the appeal from conviction and ordered a new trial.

This ruling is limited to s. 563(1) and (2) (now s. 634(1) and (2)) of the *Code*. As they now stand, they do not offend the constitutional guarantees of impartiality secured by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. There was therefore no constitutional basis for the ruling made by the trial judge in the instant case, restricting the Crown and the accused to four peremptory challenges and depriving the Crown of its right to stand by prospective jurors.

II—The Consequences of the Trial Judge's Ruling on the Validity of the Trial

The appellant submits that s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, can be used by an appellate court to cure the error that was made by the trial judge in his order.

Section 686 of the *Code* reads as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand trial, or against a special

tenir à l'écart ne soit pas susceptible, dans un grand nombre de cas, de susciter de crainte raisonnable de partialité, si cela devait se produire dans un cas, le tribunal doit se rappeler que la *Charte* a pour objet la protection constante des droits et libertés de chacun, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155. Il reviendra alors au juge du procès de veiller à ce que la poursuite n'abuse pas de son pouvoir de mise à l'écart des jurés et de dissiper toute crainte quant à l'impartialité. Il semble que ce soit la démarche qu'ait adoptée la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Pizzacalla* (1991) 5 O.R. (3d) 783. Dans cette affaire, le substitut du procureur général a demandé à vingt candidats jurés de se tenir à l'écart dans le but admis de constituer un jury entièrement féminin pour le procès d'un homme accusé d'agression sexuelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel contre la déclaration de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

La présente décision est limitée aux par. 563(1) et (2) (maintenant par. 634(1) et (2)) du *Code*. Dans leur libellé actuel, ils ne portent pas atteinte aux garanties constitutionnelles d'impartialité offertes par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. En limitant à quatre les récusations péremptoires accordées au ministère public et à l'accusé et en privant le ministère public de son droit de demander à des candidats jurés de se tenir à l'écart, le juge du procès en l'espèce a donc rendu une décision mal fondée sur le plan constitutionnel.

II—Les conséquences de la décision du juge du procès sur la validité du procès

L'appellant soutient qu'une cour d'appel peut invoquer les dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, pour réparer l'erreur commise par le juge du procès en rendant son ordonnance.

L'article 686 du *Code* est ainsi conçu:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appellant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliéna-

verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

(b) may dismiss the appeal where

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

The appellant relies on *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, a decision of the Ontario Court of Appeal. There the accused had been excluded from the courtroom in the course of the trial, in violation of s. 577 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. After having reviewed and distinguished precedents that had been decided before s. 613(1)(b)(iv) of the *Code* (now s. 686(1)(b)(iv)) came into force, the Ontario Court of Appeal discussed the intent of Parliament in enacting this section at p. 46:

It is appropriate to consider at this point, the purpose of the enactment of s. 613(1)(b)(iv) [now s. 686(1)(b)(iv)]. At the very least Parliament must have intended to give to the Court of Appeal a discretionary power which it did not have previously. It already had under s. 613(1)(b)(iii) [now s. 686(1)(b)(iii)] the power to dismiss an appeal where a mistake of law had occurred but the court was of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred. It was accordingly not necessary to enact a provision to cover errors in nature of procedural irregularities as they are by their very nature errors of law.

... where the ground for an appeal was an error of law and that error of law was the contravention of s. 577(1) [now s. 650(1), guaranteeing the right of the accused to be present at the trial], such error resulted in a loss of jurisdiction and the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) did not apply even though the error did not result in substantial wrong or miscarriage of justice. ... *A fortiori*, if the ground of appeal was that the court, in the first instance, had no jurisdiction over the class of offence of which an appellant had been con-

tion mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel:

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

L'appelant s'appuie sur l'arrêt *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. (3d) 35, de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cette affaire, l'accusé avait été exclu de la salle d'audience durant le procès, en contravention de l'art. 577 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Après avoir étudié la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du sous-al. 613(1)(b)(iv) (maintenant sous-al. 686(1) b(iv)) et estimé que la situation était différente, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné, à la p. 46, l'intention du législateur au moment d'adopter cet article:

[TRANSLATION] Il convient d'examiner maintenant l'objectif du sous-al. 613(1)(b)(iv) [maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iv)]. Le législateur devait, à tout le moins, avoir l'intention d'attribuer à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire qu'elle n'avait pas auparavant. Déjà, aux termes du sous-al. 613(1)(b)(iii) [maintenant le sous-al. 686(1)(b)(iii)], elle était habilitée à rejeter un appel si, malgré une erreur de droit, elle était d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'était produit. Il n'était donc pas nécessaire d'édicter une disposition visant les irrégularités de procédure car elles sont par nature des erreurs de droit.

... si le motif d'appel était une erreur de droit et que cette erreur de droit fût la transgression du par. 577(1) [maintenant le par. 650(1), garantissant le droit de l'accusé d'être présent pendant son procès], cette erreur entraînait la perte de compétence, et les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) ne s'appliquaient pas, même si l'erreur n'avait pas entraîné de tort important ni d'erreur judiciaire grave [...]. À fortiori, si le motif d'appel était l'incompétence du tribunal de première instance à l'égard de la catégorie d'infractions

victed, the Court of Appeal could not rely on the provisions of s. 613(1)(b)(iii).

... the inclusion of the words "the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted" in s. 613(1)(b)(iv) make it quite clear that the new provision was intended to give to the Court of Appeal the discretionary power to dismiss an appeal where a court has jurisdiction in the first instance but has lost jurisdiction as a result of some procedural irregularity.

The Court of Appeal summed up its reasoning at p. 48:

... it is necessary to distinguish between (1) errors of substance such as exist in cases where the court has no jurisdiction over the class of offences charged and which are not procedural in nature at all; (2) irregularities in procedure of a relatively minor nature which do not result in a loss of jurisdiction on the part of the trial court, and (3) irregularities in procedure which are so serious in nature that they are deemed to be matters of substance which result in a loss of jurisdiction.

... the wording of s. 613(1)(b)(iv) makes it clear that its curative provisions do not apply to the first type of error. It is equally clear that its curative provisions do apply to the second type of error or irregularity but that type of error could be dealt with under s. 613(1)(b)(iii). There would be no point in enacting s. 613(1)(b)(iv) for this purpose.

... the curative provisions do apply to the third type of error or irregularity. Although the third type of procedural irregularity is one that is so serious that it is deemed to be fundamental in nature and results in a loss of jurisdiction, it does nevertheless have its origin as a procedural irregularity at trial.

I agree with this interpretation of s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*. Parliament clearly intended to limit annulments for jurisdictional grounds to cases where prejudice to the accused has occurred, provided the court had jurisdiction over the class of offences in question. In the instant case, the District Court of Ontario had jurisdiction over the offence with which the accused was charged, and therefore the error of the trial judge would come under the third category outlined by

dont faisait partie celle dont l'accusé avait été déclaré coupable, la Cour d'appel ne pouvait pas invoquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii).

... l'insertion des mots «le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable», au sous-al. 613(1)(b)(iv), nous amène à conclure sans hésitation que la nouvelle disposition avait pour objet d'habiliter la Cour d'appel à rejeter l'appel si un tribunal de première instance était compétent, mais avait perdu sa compétence par suite d'une irrégularité de procédure.

La Cour d'appel a résumé son raisonnement à la p. 48:

[TRADUCTION] ... il est nécessaire d'établir une distinction entre, premièrement, les erreurs de fond tel le cas où le tribunal serait incompétent à l'égard de la catégorie d'infractions reprochées et où il ne s'agirait pas de tout d'irrégularité de procédure, deuxièmement, les irrégularités de procédure assez peu importantes qui n'entraînent pas la perte de compétence du tribunal de première instance et troisièmement, les irrégularités de procédure dont la gravité est telle qu'elles sont assimilées à des erreurs de fond qui entraînent la perte de compétence.

... il ressort à l'évidence du libellé du sous-al. 613(1)(b)(iv) que ses dispositions réparatrices ne s'appliquent pas au premier type d'erreur. Il est tout aussi évident que ses dispositions réparatrices s'appliquent au deuxième type d'erreur ou d'irrégularité, mais ce type d'erreur est visé par le sous-al. 613(1)(b)(iii). Il ne servirait à rien d'édicter le sous-al. 613(1)(b)(iv) à cette fin.

... les dispositions réparatrices s'appliquent au troisième type d'erreur ou d'irrégularité. Le troisième type d'irrégularité de procédure doit être assez grave pour être tenu pour fondamental et pour entraîner la perte de compétence, mais il n'en reste pas moins qu'il a son origine dans une irrégularité de procédure au procès.

Je souscris à cette interprétation du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code*. Le législateur avait nettement l'intention de limiter aux cas où il y a eu préjudice envers l'accusé, les annulations fondées sur un motif ressortissant à la compétence, à la condition que le tribunal ait été compétent à l'égard de la catégorie d'infractions en question. En l'espèce, la Cour de district de l'Ontario était compétente à l'égard de l'infraction reprochée à l'accusé et, par conséquent, l'erreur du juge du procès rentrerait

the Ontario Court of Appeal in *Cloutier, supra*. The error could be cured if the Court found there was no prejudice to the accused.

There is one further aspect, however, that justifies annulling the trial, and the Court of Appeal rightly distinguished its *Cloutier* decision, *supra*, on this basis. Section 686(1)(b)(iv) speaks of a "trial court". A trial court, for indictable offences, is defined at s. 471 of the *Code* (R.S.C., 1985, c. C-46):

471. Except where otherwise expressly provided by law, every accused who is charged with an indictable offence shall be tried by a court composed of a judge and jury.

This definition is repeated in s. 536(2) of the *Code*, in the address to the accused for his election.

As can be seen from s. 471 of the *Code*, a jury is more than an incident or a procedural tool in a trial case. The jury is the court, together with the trial judge. If the jury is not constituted according to the rules, the court exists no more than if the judge had been unlawfully appointed. In the case at bar, the problem is not one of application of the jury selection rules, which could have been saved by s. 686(1)(b)(iv) of the *Code*. The rules were changed. The jury was selected pursuant to other rules than those set out in the *Code*. There was therefore no trial court properly constituted, and the appropriate sanction is annulment.

This holding does not detract from the classification proposed in *Cloutier, supra*. In order for the saving provisions of s. 686(1)(b)(iv) of the *Code* to find application, not only must the court have jurisdiction over the class of offence, but it must also be a court within the meaning of the *Code*. Any failure with respect to these conditions constitutes an error falling in the first category outlined in *Cloutier, supra*.

The trial was therefore null.

dans la troisième catégorie établie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cloutier*, précité. L'erreur pouvait être corrigée si la Cour concluait qu'aucun préjudice n'avait été causé à l'accusé.

Il reste cependant un aspect qui justifie l'annulation du procès et la Cour d'appel a, à bon droit, estimé qu'une différence séparait, sous ce rapport, l'espèce et l'arrêt *Cloutier*, précité. Au sous-al. 686(1)(b)(iv), il est fait mention du «tribunal de première instance». Le tribunal, dans le cas des actes criminels, est défini à l'art. 471 du *Code* (R.C.S., 1985, ch. C-46):

471. Sauf disposition expressément contraire de la loi, tout prévenu inculpé d'un acte criminel doit être jugé par un tribunal composé d'un juge et d'un jury.

Cette définition est répétée au par. 536(2) du *Code*, dans le texte que lit le juge à l'accusé pour l'appeler à faire son choix.

Comme l'indique l'art. 471 du *Code*, le jury est plus qu'un incident ou un moyen de procédure dans un procès pénal. Le jury et le juge sont le tribunal. Si le jury n'est pas constitué selon les règles, le tribunal n'existe pas plus que si le juge avait été désigné illégalement. En l'espèce, ce qui fait problème, ce n'est pas l'application des règles de sélection des jurés: si c'était le cas, le sous-al. 686(1)(b)(iv) pourrait servir à corriger l'erreur. Les règles ont été modifiées. Les jurés ont été sélectionnés selon d'autres règles que celles énoncées dans le *Code*. Il n'y avait donc pas de tribunal constitué régulièrement et la sanction convenable est l'annulation.

Cette conclusion ne s'écarte pas de la classification proposée dans l'arrêt *Cloutier*, précité. Pour que les dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code* soient applicables, il faut non seulement que le tribunal ait été compétent à l'égard de la catégorie d'infractions, mais encore qu'il ait été un tribunal au sens du *Code*. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, il y a une erreur qui rentre dans la première catégorie établie dans l'arrêt *Cloutier*, précité.

Le procès était donc nul.

III—Section 10(b) of the Charter

This issue is better left to the determination of the judge that will hear the new trial in this case. I nevertheless agree with Stevenson J. that the trial judge was in a better position to rule on the admissibility of the statements, that the Court of Appeal should not have interfered with his determination and that the issue under his disposition of the appeal is moot as to the statement which was admitted.

IV—Answers

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Are ss. 633 and 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and 563], inconsistent with ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. Section 634(1) and (2) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 563(1) and (2)) of the *Criminal Code* are not inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The allegation of a violation of s. 15 of the *Charter* was abandoned. Sections 633 and 634(3) of the *Criminal Code* (formerly ss. 562 and 563(3)) were not challenged.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 633 and/or 634 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and/or 563] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. This question does not arise.

V—Conclusion

The trial judge erred in restricting the number of peremptory challenges to four for each side and in depriving the Crown of its right to stand by jurors. I would therefore dismiss the appeal and maintain the setting aside of the acquittal of the appellant and the direction that a new trial be held.

III—L'alinéa 10b) de la Charte

Il appartient au juge qui présidera le nouveau procès de trancher cette question. Je conviens cependant avec le juge Stevenson que le juge du procès était mieux placé pour statuer sur l'admissibilité des déclarations, que la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir pour changer sa décision et que, compte tenu de sa décision, la question est théorique pour ce qui est de la déclaration qui a été utilisée.

IV—Réponses

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

1. Les articles 633 et 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 et 563], sont-ils incompatibles avec l'art. 7, l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Les paragraphes 634(1) et (2) (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 563(1) et (2)) du *Code criminel* ne sont pas incompatibles avec l'art. 7 et l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'allégation de violation de l'art. 15 de la *Charte* a été abandonnée. L'article 633 et le par. 634(3) (auparavant art. 562 et par. 563(3)) du *Code criminel* n'ont pas été contestés.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 633 ou l'art. 634 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 ou 563], ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. Cette question est sans objet.

V—Conclusion

Le juge du procès a commis une erreur en limitant le nombre de récusations péremptoires à quatre pour chaque partie et en privant le ministère public de son droit de demander à des jurés de se tenir à l'écart. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'annulation de l'acquittal de l'appelant, ainsi que de l'ordonnance portant qu'il doit y avoir un nouveau procès.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

STEVENSON J.—This case concerns the constitutional validity of the jury selection process contained in s. 563 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 634). At issue is whether this process, which grants the Crown 48 stand bys and four peremptory challenges while the accused's being allowed only four, 12 or 20 peremptory challenges, infringes the accused's right to be tried by an independent and impartial jury as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Also in issue is the admissibility of certain of the appellant's statements allegedly taken in violation of his right to counsel.

LE JUGE STEVENSON—La présente affaire porte sur la constitutionnalité du processus de sélection des jurés prévu à l'art. 563 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 634). Il s'agit de savoir si ce processus, qui donne au ministère public le droit d'ordonner la mise à l'écart de 48 jurés et lui accorde quatre récusations péremptoires alors que l'accusé n'a droit qu'à quatre, 12 ou 20 récusations péremptoires, enfreint le droit de l'accusé d'être jugé par un jury indépendant et impartial conformément à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Est aussi contestée l'admissibilité de certaines des déclarations de l'appelant qui auraient été obtenues en violation de son droit à l'assistance d'un avocat.

Facts

The appellant was charged with sexual assault pursuant to s. 246.1 (now s. 271) of the *Criminal Code*. The charge arises from an incident which occurred in the early morning hours of December 1, 1984.

Les faits

L'appelant a été accusé d'agression sexuelle sous le régime de l'art. 246.1 (maintenant art. 271) du *Code criminel*. L'accusation découle d'un incident survenu au cours des premières heures du matin, le 1^{er} décembre 1984.

The appellant was arrested later that day. Two police officers attended at his home where he resided with his parents. Upon arrest, the appellant was informed of his right to counsel. Immediately after this, his father, Mr. Bain, told him not to say anything until he had seen a lawyer. While his son got dressed in preparation to accompany the police, Mr. Bain, with the help of one of the police officers, attempted to retain a lawyer by looking through the Yellow Pages. After being unsuccessful with two or three numbers, the police officer gave him a business card with his telephone number on it. He told Mr. Bain that when a lawyer had been retained, the lawyer should call the officer at the number on the card. The appellant then left with the officers.

L'appelant a été arrêté plus tard le même jour. Deux policiers se sont rendus à sa demeure, où il résidait avec ses parents. Lors de son arrestation, l'appelant a été avisé de son droit à l'assistance d'un avocat. Immédiatement après, son père, M. Bain, lui a dit de ne pas parler avant d'avoir vu un avocat. Pendant que son fils s'habillait pour se préparer à accompagner les policiers, M. Bain, avec l'assistance de l'un des policiers, a tenté de retenir les services d'un avocat en consultant les pages jaunes. Après qu'il eût appelé sans succès deux ou trois numéros, le policier lui a remis une carte d'affaires portant son numéro de téléphone. Il a dit à M. Bain qu'une fois les services d'un avocat retenus, ce dernier devrait l'appeler au numéro figurant sur la carte. L'appelant est alors parti en compagnie des policiers.

After both officers returned to the car, they drove off with the appellant and parked down the street. The police officers updated their notebooks and were discussing between themselves what had occurred in the house. According to one of the

Après que les policiers eurent regagné leur voiture, ils sont partis avec l'appelant et ils ont stationné plus loin dans la rue. Les policiers ont mis leurs notes à jour et ils ont discuté entre eux de ce qui s'était passé à la demeure de l'appelant. Selon

officer's (McIntyre) testimony in chief, the appellant initiated an inculpatory conversation.

During his testimony on the *voir dire*, the appellant denied making some of these statements; in particular, he denied making the inculpatory admissions.

Upon arrival at the police station, the appellant was placed alone in an interview room. About 25 minutes later, a lawyer who had been retained by Mr. Bain called for the police officer. McIntyre returned the telephone call 10 minutes later. The lawyer told McIntyre that he had been retained by the appellant's parents on behalf of the appellant. McIntyre informed the lawyer of the circumstances of the investigation and of the alleged sexual assault and told the lawyer that the appellant would probably be released later that day. The lawyer could not attend at the police station that day so he simply told McIntyre not to take any statement from the appellant until he, the lawyer, was present. On the stand, the lawyer could not remember whether he had asked to speak to the appellant.

Following this telephone conversation, McIntyre (and another officer, Chisholm) went into the interview room with the appellant. According to the appellant's testimony, he asked whether his father had called. McIntyre told him that his father had not called. The appellant said that he wanted to contact his father to find out if his father had retained a lawyer. McIntyre told the appellant that he could call his father later. At no time did McIntyre tell the appellant about the telephone call from the lawyer. The police officers initiated an interrogation of the appellant.

The appellant told the officers that he was very impaired the previous night due to the intake of a considerable amount of alcohol as well as one "hit" of L.S.D. The officers then questioned the appellant about his prior relationship with the complainant. He was also questioned about his interaction with the complainant on the night in question.

On April 21, 1987, the appellant was tried before a judge and jury in Brampton, Ontario, on a

le témoignage principal de l'un d'eux (McIntyre), l'appelant a engagé une conversation inculpatoire.

Au cours de son témoignage lors du voir-dire, l'appelant a nié avoir fait certaines de ces déclarations; il a nié, en particulier, avoir fait les aveux inculpataires.

À son arrivée au poste de police, l'appelant a été placé seul dans une salle d'interrogatoire. Environ 25 minutes plus tard, un avocat dont les services avaient été retenus par M. Bain a appelé le policier. McIntyre a rappelé l'avocat dix minutes plus tard; celui-ci lui a dit que ses services avaient été retenus par les parents de l'appelant pour le compte de ce dernier. McIntyre a mis l'avocat au courant des circonstances de l'enquête et de l'agression sexuelle alléguée, et il a dit à l'avocat que l'appelant serait probablement remis en liberté plus tard dans la journée. Comme l'avocat ne pouvait pas se rendre au poste de police ce jour-là, il a simplement dit à McIntyre de ne prendre aucune déclaration de l'appelant tant que lui, l'avocat, ne serait pas présent. À la barre, l'avocat ne se souvenait pas s'il avait demandé à parler à l'appelant.

Après cette conversation téléphonique, McIntyre (et un autre policier, Chisholm) s'est rendu dans la salle d'interrogatoire avec l'appelant qui, selon son témoignage, a demandé si son père avait appelé. McIntyre lui a répondu que son père n'avait pas appelé. L'appelant a dit qu'il voulait rejoindre son père pour lui demander s'il avait retenu les services d'un avocat. McIntyre a dit à l'appelant qu'il pourrait téléphoner à son père plus tard. McIntyre n'a jamais parlé à l'appelant de l'appel téléphonique de l'avocat. Les policiers ont alors commencé l'interrogatoire.

L'appelant a dit aux policiers que ses facultés étaient très amoindries la nuit précédente en raison de la consommation d'une quantité considérable d'alcool ainsi que d'une «dose» de LSD. Les policiers l'ont alors questionné au sujet de ses relations antérieures avec la plaignante, ainsi que sur ses rapports avec elle la nuit en cause.

Le 21 avril 1987, l'appelant a subi son procès devant un juge et un jury à Brampton (Ontario),

charge of sexual assault. Following arraignment, but before the first prospective juror was asked to step forward, appellant's counsel sought a ruling that both the Crown and the defence each be limited to four peremptory challenges and that the Crown be denied the power to stand jurors by. The trial judge made the requested ruling based on his own holdings to the same effect in other cases. He considered himself bound by his own ruling "until the Court of Appeal rules otherwise". The Crown's objection was noted. The jurors were then selected with both the defence and the Crown exercising their four peremptory challenges.

Following a 14-day trial, the jury acquitted the appellant. On January 31, 1989, the Court of Appeal allowed the Crown's appeal ((1989), 47 C.C.C. (3d) 250) and ordered a new trial. The appellant appeals to the Supreme Court of Canada as of right.

Relevant Legislation

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

10. Everyone has the right on arrest or detention

. . .

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

sur une accusation d'agression sexuelle. Après l'interpellation, mais avant que l'on ait demandé au premier candidat juré de s'avancer, l'avocat de l'appelant a demandé au juge du procès de statuer que le ministère public et la défense devaient tous deux s'en tenir à quatre récusations péremptoires et que le ministère public n'avait pas droit aux mises à l'écart de jurés. Le juge du procès en a statué ainsi, en se fondant sur ses propres décisions en ce sens dans d'autres affaires. Il se considérait lié par ses propres décisions [TRADUCTION] «jusqu'à décision contraire de la Cour d'appel». On a pris note des objections du ministère public. Les jurés ont alors été choisis, la défense aussi bien que le ministère public exerçant leur droit à quatre récusations péremptoires.

Après un procès de quatorze jours, le jury a acquitté l'appelant. Le 31 janvier 1989, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public ((1989), 47 C.C.C. (3d) 250), et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. L'appelant se pourvoit de plein droit auprès de la Cour suprême du Canada.

Les dispositions législatives pertinentes

La Charte canadienne des droits et libertés

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

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

h

. . .

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34

562. (1) An accused who is charged with high treason or first degree murder is entitled to challenge twenty jurors peremptorily.

(2) An accused who is charged with an offence, not being high treason or first degree murder, for which he may be sentenced to imprisonment for more than five years is entitled to challenge twelve jurors peremptorily.

(3) An accused who is charged with an offence that is not referred to in subsection (1) or (2) is entitled to challenge four jurors peremptorily.

563. (1) The prosecutor is entitled to challenge four jurors peremptorily, and may direct any number of jurors who are not challenged peremptorily by the accused to stand by until all the jurors have been called who are available for the purpose of trying the indictment.

(2) Notwithstanding subsection (1), the prosecutor may not direct more than forty-eight jurors to stand by unless the presiding judge for special cause to be shown, so orders.

(3) The accused may be called upon to declare whether he challenges a juror peremptorily or for cause before the prosecutor is called upon to declare whether he requires the juror to stand by, or challenges him peremptorily or for cause.

567. (1) A prosecutor or an accused is entitled to any number of challenges on the ground that

(a) the name of a juror does not appear on the panel, but no misnomer or misdescription is a ground of challenge where it appears to the court that the description given on the panel sufficiently designates the person referred to,

(b) a juror is not indifferent between the Queen and the accused,

(c) a juror has been convicted of an offence for which he was sentenced to death or to a term of imprisonment exceeding twelve months,

(d) a juror is an alien,

(e) a juror is physically unable to perform properly the duties of a juror, or

(f) a juror does not speak the official language of Canada that is the language of the accused . . .

(2) No challenge for cause shall be allowed on a ground not mentioned in subsection (1).

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34

562. (1) L'accusé inculpé de haute trahison ou de meurtre au premier degré a le droit de récuser péremptoirement vingt jurés.

(2) L'accusé inculpé d'une infraction autre que la haute trahison ou le meurtre au premier degré et punissable d'un emprisonnement d'au moins cinq ans a le droit de récuser péremptoirement douze jurés.

(3) Un accusé inculpé d'une infraction non mentionnée au paragraphe (1) ou (2) a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés.

563. (1) Le poursuivant a le droit de récuser péremptoirement quatre jurés et peut ordonner à un nombre quelconque de jurés, non péremptoirement récusés par l'accusé, de se tenir à l'écart jusqu'à ce que tous les jurés disponibles pour l'instruction de l'acte d'accusation aient été appelés.

(2) Nonobstant le paragraphe (1), le poursuivant ne peut ordonner la mise à l'écart de plus de quarante-huit jurés, à moins que, pour un motif spécial à démontrer, le juge qui préside ne l'ordonne.

(3) L'accusé peut être appelé à déclarer s'il récusé un juré péremptoirement ou pour cause, avant que le poursuivant soit appelé à déclarer s'il exige que le juré se tienne à l'écart, ou s'il le récusé péremptoirement ou pour cause.

567. (1) Un poursuivant ou un accusé a droit à n'importe quel nombre de récusations pour le motif

a) que le nom d'un juré ne figure pas sur la liste, mais aucune erreur de nom ou de désignation ne doit être un motif de récusation lorsque la cour est d'avis que la description portée sur la liste désigne suffisamment la personne en question,

b) qu'un juré n'est pas impartial entre la Reine et l'accusé,

c) qu'un juré a été déclaré coupable d'une infraction pour laquelle il a été condamné à mort ou à un emprisonnement de plus de douze mois,

d) qu'un juré est un étranger,

e) qu'un juré est physiquement incapable de remplir d'une manière convenable les fonctions de juré, ou

f) qu'un juré ne parle pas la langue officielle du Canada qui est celle de l'accusé . . .

(2) Nulle récusation motivée n'est admise pour une raison non mentionnée au paragraphe (1).

570. (1) Where, as a result of challenges and directions to stand by, a full jury has not been sworn and no names remain to be called, the names of those who have been directed to stand by shall be called again in the order in which their names were drawn and they shall be sworn, unless challenged by the accused, or unless the prosecutor challenges them or shows cause why they should not be sworn.

(2) Where, before a juror is sworn pursuant to subsection (1), other jurors in the panel become available, the prosecutor may require the names of those jurors to be put into and drawn from the box in accordance with section 560, and those jurors shall be challenged, ordered to stand by or sworn, as the case may be, before the names of the jurors who were originally ordered to stand by are called again.

Judgments

Voir Dire—District Court (Kent Dist. Ct. J.) (1987), 30 C.R.R. 75

On the *voir dire* held to determine the admissibility of the utterances made by appellant to the police, the trial judge held that only those statements made before McIntyre's conversation with appellant's lawyer were admissible. The police officer knew that counsel had been retained for the appellant as a result of his discussion with the lawyer. The trial judge found failure of the police to communicate to the appellant the fact that counsel had been retained to be contrary to the spirit of the judgment in *R. v. Greig*, [1987] 56 C.R. (3d) 229, *per Dupont J.* In his opinion, at p. 78:

The police effectively foreclosed any opportunity that the accused had to consult with counsel retained for him before his interview, by not advising the accused that the lawyer retained for him by his family was on the telephone. Surely that opportunity should not be determined by the retaining of counsel who knows what specific question to ask an investigating officer.

The fact that the accused was a "young offender" facing an extremely serious criminal charge was significant to the trial judge and constituted special circumstances. Further, the judge noted at p. 78:

570. (1) Lorsque, à la suite des récusations et des ordres de se tenir à l'écart, un jury complet n'a pas été assermenté et qu'il ne reste plus de noms à appeler, les noms de ceux à qui il a été ordonné de se tenir à l'écart sont de nouveau appelés suivant l'ordre dans lequel ils ont été tirés; et ces jurés sont assermentés, à moins d'être récusés par le prévenu ou à moins que le poursuivant ne les récuse ou ne démontre pourquoi ils ne devraient pas être assermentés.

(2) Si, avant qu'un juré soit assermenté selon le paragraphe (1), d'autres jurés figurant sur la liste deviennent disponibles, le poursuivant peut demander que les noms de ces jurés soient déposés dans la boîte et en soient tirés selon que le prévoit l'article 560, et ces jurés sont récusés, mis à l'écart ou assermentés, selon le cas, avant que les noms des jurés mis à l'écart en premier lieu soient appelés de nouveau.

Les jugements

Le voir-dire—Cour de district (le juge Kent) (1987), 30 C.R.R. 75

En ce qui concerne le *voir-dire* tenu pour déterminer la recevabilité des propos que l'accusé a tenus devant la police, le juge du procès a statué que seules les déclarations faites avant la conversation de McIntyre avec l'avocat de l'appellant étaient recevables. Le policier savait, à la suite de la conversation qu'il avait eue avec l'avocat, que les services d'un avocat avaient été retenus pour l'appellant. Le juge du procès a conclu que l'omission de la police d'en aviser l'appellant était contraire à l'esprit de l'arrêt *R. c. Greig*, [1987] 56 C.R. (3d) 229, le juge Dupont. À son avis, à la p. 78:

[TRADUCTION] La police a effectivement retiré à l'accusé toute possibilité de consulter l'avocat dont les services avaient été retenus pour lui avant son interrogatoire, en ne l'avisant pas que l'avocat que sa famille avait retenu était au téléphone. Assurément, cette possibilité ne devrait pas être déterminée par la constitution d'un avocat qui sait quelle question précise demander à un policier enquêteur.

Le fait que l'accusé était un «jeune contrevenant» accusé d'un acte criminel extrêmement grave était important pour le juge du procès et constituait des circonstances particulières. Le juge a noté plus loin, à la p. 78:

Surely, to suggest that no obligation arises on the part of the investigating officer merely because the family-retained lawyer does not make a request in the specific words that the officer is listening for does not change the picture. Certainly it does not place too high an obligation on the police to pass on to a young alleged offender facing a very serious charge the fact that his father has made a lawyer available for him, as he promised when the accused was removed from his home.

For those reasons, the judge held that the appellant's right to counsel had been breached by the investigating officer. Before continuing, he noted that the oral utterances by the appellant were made freely and voluntarily.

He then turned to consider whether the statements should be excluded. The trial judge concluded, at p. 79, that "a reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances of this case" would probably conclude that the admission of the appellant's statements made after the officer was aware that counsel had been retained for the appellant would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, all the utterances made by the appellant after the telephone call were held to be inadmissible.

Ontario Court of Appeal (Dubin A.C.J.O., Zuber and Finlayson J.J.A.) (1989), 47 C.C.C. (3d) 250

Writing the judgment of the Court, Finlayson J.A. first considered whether the trial judge erred in ordering that both the Crown and the appellant were to have an equal number of peremptory challenges with no power to the Crown to stand jurors aside as permitted in the *Criminal Code*. In his view, the trial judge clearly erred. Relying on *R. v. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281, and *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (both decisions of the Ontario Court of Appeal), he held that the jury selection procedure does not infringe ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[TRADUCTION] Il va sans dire que prétendre qu'aucune obligation n'est imposée à l'agent enquêteur simplement parce que l'avocat dont les services ont été retenus par la famille de l'accusé n'a pas fait une demande en utilisant précisément la formule qu'attendait l'agent, ne change rien à l'affaire. Ce n'est certes pas imposer à la police une obligation trop lourde que de s'attendre à ce qu'elle avise un présumé jeune contrevenant faisant l'objet d'une très grave accusation que son père a retenu pour lui les services d'un avocat comme il avait promis de le faire lorsque l'accusé a été arrêté à son domicile.

Pour ces motifs, le juge a statué que l'agent enquêteur avait violé le droit de l'appellant à l'assistance d'un avocat. Avant de poursuivre, il a noté que les déclarations orales de l'appellant avaient été faites librement et spontanément.

Il s'est ensuite demandé si les déclarations devraient être écartées. Le juge du procès a conclu, à la p. 79, qu'[TRADUCTION] «une personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances de l'affaire» conclurait probablement que l'utilisation des déclarations que l'appellant a faites après que l'agent eût appris que les services d'un avocat avaient été retenus pour l'appellant était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Conséquemment, toutes les déclarations de l'appellant après l'appel téléphonique de son avocat ont été déclarées irrecevables.

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Dubin, juge en chef adjoint de l'Ontario, et les juges Zuber et Finlayson) (1989), 47 C.C.C. (3d) 250

Le juge Finlayson, qui rédigeait le jugement de la cour, s'est tout d'abord demandé si le juge du procès avait commis une erreur en ordonnant que le ministère public et l'appellant aient droit à un nombre égal de récusations péremptoires sans que le ministère public ait le droit à la mise à l'écart de jurés prévu au *Code criminel*. À son avis, le juge du procès a clairement commis une erreur. En se fondant sur les arrêts *R. c. Varga* (1985), 18 C.C.C. (3d) 281, et *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (deux décisions de la Cour d'appel de l'Ontario), il a statué que le processus de sélection du jury ne viole pas les art. 7, 15 ou l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Relying on *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, Finlayson J.A. held that the failure to follow the jury selection process in the *Criminal Code* is fatal to the jurisdiction of the trial court and could not be cured by invoking s. 613(1)(b)(iv) (now s. 686(1)(b)(iv)) of the *Criminal Code*. Finlayson J.A. held there must be a new trial on that basis alone.

He then considered the admissibility of the appellant's utterances. He did not think there would be any helpful information given to the appellant had the officer relayed to him the fact that his lawyer called since the lawyer did not ask to speak to him or to pass on any message. Relying on *R. v. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354, Finlayson J.A. concluded that the trial judge erred in his ruling on the admissibility of the utterances. He noted that there was to be a new trial on the jury selection issue and that it is open for the trial judge to take a different view of the evidence. In Finlayson J.A.'s opinion, however, based on Kent Dist. Ct. J.'s own findings of fact, Kent Dist. Ct. J. was in error. Finlayson J. A. noted at p. 257:

... it is my view that he was in error in fixing the police officer with the responsibility of doing more than answer literally the question put to him by Bain. He was not obliged to volunteer additional information. Bain was entitled under s. 10(b) of the Charter to be informed of his right to retain and instruct counsel without delay. That was done. In this case, on the evidence, Detective McIntyre went further and assisted Bain's father in finding a lawyer in the yellow pages of the telephone book.

The detective knew that [counsel] had been retained but he also knew that the solicitor did not propose to come to the police station and had not asked to speak to his client over the telephone. He received no indication of when, if ever, Mr. Munroe was prepared to give legal advice to his client. Surely this is not enough to bring the police investigation to a dead halt or even deflect their attention from a proper questioning of the respondent

Se fondant sur l'arrêt *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, le juge Finlayson a conclu que le défaut par le juge du procès de suivre le processus de sélection du jury prévu au *Code criminel* portait un coup fatal à la compétence du tribunal de première instance et ne pouvait se justifier en vertu du sous-al. 613(1)b(iv) (maintenant sous-al. 686(1)b(iv)) du *Code criminel*. Le juge Finlayson a conclu que ce fait seul imposait la tenue d'un nouveau procès.

Il a ensuite examiné la recevabilité des déclarations de l'appellant. Il ne croyait pas que celui-ci aurait reçu des renseignements utiles si l'agent l'avait avisé de l'appel de son avocat puisque ce dernier n'avait pas demandé à lui parler ni à lui transmettre un message. En s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Logan* (1988), 46 C.C.C. (3d) 354, le juge Finlayson a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans sa décision sur la recevabilité des déclarations de l'appellant. Il a souligné qu'il devait y avoir un nouveau procès sur la question de la sélection du jury, et qu'il était loisible au juge du procès de former une opinion différente à l'égard de la preuve. De l'avis du juge Finlayson, cependant, selon les propres conclusions de fait du juge Kent de la Cour de district, celui-ci avait tort. Le juge Finlayson a remarqué, à la p. 257:

[TRADUCTION] . . . j'estime qu'il a commis une erreur en attribuant au policier l'obligation de faire plus que de répondre littéralement à la question que lui posait Bain. Il n'était pas tenu de donner des renseignements supplémentaires. Bain avait le droit en vertu de l'al. 10b) de la *Charte* d'être informé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. Cela a été fait. En l'espèce, d'après la preuve, le détective McIntyre est allé plus loin et il a aidé le père de Bain à chercher un avocat à l'aide des pages jaunes de l'annuaire téléphonique.

Le détective savait que les services [d'un avocat] avaient été retenus, mais il savait aussi que ce dernier n'avait pas l'intention de se rendre au poste de police et qu'il n'avait pas demandé à parler à son client au téléphone. Il n'a reçu aucune précision quant au moment où M. Munroe serait disposé, le cas échéant, à donner des avis juridiques à son client. Cela ne suffit sûrement pas à arrêter complètement l'enquête de la police ni même à l'empêcher d'interroger régulièrement l'intimé . . .

The appeal was allowed and a new trial directed.

L'appel a été accueilli et la tenue un nouveau procès a été ordonné.

Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated on June 7, 1989:

1. Are ss. 633 and 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and 563] inconsistent with ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 633 and/or 634 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and/or 563] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Issues

Although other provisions and issues were discussed, this case is to be resolved by addressing the following questions:

1. Is s. 562 (now s. 634) of the *Criminal Code* inconsistent with s. 11(d)?
2. If so, is it saved by s. 1?
3. Did the trial judge err in excluding the statements made after the lawyer retained by the father telephoned the police and the appellant inquired whether his father had telephoned?

Also argued before this Court and below, was whether s. 686(1)(b)(iv) (formerly s. 613(1)(b)(iv)) of the *Criminal Code* could be applied to cure a loss of jurisdiction resulting from the failure of the trial judge to observe s. 563 of the *Code*. As a result of my conclusion on the first issue, I need not address that question.

Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 7 juin 1989:

1. Les articles 633 et 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 et 563], sont-ils incompatibles avec l'art. 7, l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 633 ou l'art. 634 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 ou 563], ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les points en litige

Bien que d'autres dispositions et d'autres questions aient été examinées, la détermination de la présente affaire repose sur les questions suivantes:

1. L'article 562 (maintenant art. 634) du *Code criminel* est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte*?
2. Si tel est le cas, se justifie-t-il en vertu de l'article premier?
3. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en écartant les déclarations faites après que l'avocat dont le père avait retenu les services eût appelé la police et que l'appelant eût demandé si son père avait téléphoné?

On a aussi débattu devant notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure la question de savoir si le sous-al. 686(1)(b)(iv) (auparavant 613(1)(b)(iv)) du *Code criminel* pouvait s'appliquer pour obvier à la perte de compétence consécutive au défaut par le juge du procès de respecter l'art. 563 du *Code*. Vu ma conclusion à l'égard de la première question, je n'ai pas à me pencher sur ce point.

Analysis1. *Section 11(d) of the Charter*

The independence and impartiality of the tribunal by which an accused person is tried is a central feature of our criminal law that has long been recognized. The importance of this right is illustrated by its entrenchment in s. 11(d) of the *Charter*. The appellant argues that the system of selecting jurors contained within the *Criminal Code* impairs the appearance of impartiality and is therefore unconstitutional. The appellant's argument is directed at the disproportionate powers the Crown and the accused have to remove potential jurors from the selection process.

The *Criminal Code* sets out the following procedures. Each party is allowed unlimited challenges for cause and s. 567 (now s. 638) of the *Criminal Code* specifies the grounds upon which this can be done. Additionally, each party is allowed to exercise peremptory challenges. A peremptory challenge allows a party to dismiss a person from serving on the jury without providing a reason. The Crown is allotted four such challenges. If charged with murder or high treason, the accused is allowed 20 peremptory challenges. For other offences for which the accused may be sentenced to more than five years' imprisonment the accused receives 12 peremptory challenges. For all other offences, the accused is allowed four peremptory challenges.

In addition to these challenges, however, the Crown is allowed to stand by up to 48 potential jurors under s. 563 (now s. 634). Theoretically the stand by is different from a peremptory challenge. Rather than dismissing the potential juror using a peremptory challenge or challenging for cause, the person is asked to stand by. The following description of the nature of the stand by from *Morin v. The Queen* (1890), 18 S.C.R. 407, is apt. Chief Justice Ritchie explained at p. 421:

... after giving the crown in all criminal trials four peremptory challenges it [the legislation] declares that this shall not be construed to affect the right of the crown to cause any juror to stand aside until the panel has been

L'analyse1. *L'alinéa 11d) de la Charte*

L'indépendance et l'impartialité du tribunal qui juge l'accusé sont des caractéristiques essentielles de notre droit criminel reconnues depuis longtemps. Leur importance est illustrée par leur consécration à l'al. 11d) de la *Charte*. L'appelant fait valoir que le système de sélection des jurés prévu au *Code criminel* nuit à l'apparence d'impartialité et qu'il est par conséquent inconstitutionnel. Le moyen de l'appelant vise les pouvoirs disproportionnés qu'ont le ministère public et l'accusé d'écartier des candidats jurés du processus de sélection.

Le *Code criminel* prévoit la procédure suivante. Chaque partie a droit à un nombre illimité de récusations motivées, et l'art. 567 (maintenant art. 638) du *Code criminel* précise les motifs de récusation. En outre, chaque partie a droit à des récusations péremptoires, qui permettent à la partie qui s'en prévaut de récuser des candidats jurés sans fournir de motif. Le ministère public a droit à quatre de ces récusations. L'accusé inculpé de meurtre ou de haute trahison a le droit de récuser péremptoirement 20 jurés. L'accusé inculpé d'autres infractions punissables d'un emprisonnement d'au moins cinq ans a le droit de récuser péremptoirement 12 jurés. À l'égard de toutes les autres infractions, l'accusé a droit à quatre récusations péremptoires.

En plus de ces récusations, cependant, le ministère public peut, en vertu de l'art. 563 (maintenant art. 634), ordonner à jusqu'à 48 candidats jurés de se tenir à l'écart. En théorie, la mise à l'écart est différente de la récusation péremptoire. En effet, plutôt que d'écartier le candidat juré au moyen d'une récusation péremptoire ou motivée, on lui demande de se tenir à l'écart. On trouve dans l'arrêt *Morin c. The Queen* (1890), 18 R.C.S. 407, une bonne description de la nature de la mise à l'écart. Le juge en chef Ritchie explique à la p. 421:

[TRADUCTION] ... après avoir accordé à la Couronne dans tous les procès criminels quatre récusations péremptoires, elle [la loi] précise que cela ne doit pas s'interpréter comme touchant le droit de la Couronne

gone through or to challenge any number of jurors for cause. . . . the panel shall be gone through, or perused as it is termed, once on which calling or perusal it was the privilege of the crown to require jurors to stand aside until the list shall be gone through. Having been gone through and a jury not secured the clerk proceeds to go over the panel a second time when the right of the crown to require jurors to stand aside ceased, and the crown was bound, if its officers sought to perfect its challenge, to do so by showing some good and sufficient cause or to challenge peremptorily if the peremptory challenges were not exhausted.

The accused does not have this right to stand by jurors. It is this asymmetry that the appellant alleges which produces the appearance of partiality sufficient to amount to an infringement of the *Charter*.

The Appropriate Test

As a starting point, s. 11(d) of the *Charter* requires that an accused person receive a fair trial by an independent and impartial tribunal. The test for that requirement was set out by Justice Le Dain in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, which has most recently been approved by this Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114. Although those cases focused on judicial independence, the test applies to impartiality as well. Le Dain J. framed the test as follows, at p. 689:

. . . I think, that the test for independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its ineffective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception.

It is clear from this passage that it is not necessary to find that juries are actually partial before an

d'ordonner à un juré de se tenir à l'écart jusqu'à ce que le tableau soit épuisé, ou de récuser un nombre quelconque de jurés en précisant le motif [. . .] la liste des jurés doit être épuisée, ou il doit y avoir appel de cette liste, comme l'on dit, et au cours de cet appel la Couronne avait le privilège d'ordonner à des jurés de se tenir à l'écart jusqu'à l'appel complet de la liste. Si un jury n'était pas alors constitué, le greffier procédait à l'appel du jury une seconde fois, alors que cessait le droit de la Couronne d'ordonner à des jurés de se tenir à l'écart; elle était ensuite tenue, si ses représentants persistaient à obtenir la récusation, d'y arriver en démontrant un motif suffisant ou en recourant à la récusation péremptoire si ce recours n'était pas épuisé.

L'accusé n'a pas ce droit de mises à l'écart de jurés. C'est cette inégalité qui, selon l'appellant, donne une apparence de partialité suffisante pour emporter une violation de la *Charte*.

Le critère approprié

Tout d'abord, l'al. 11d) de la *Charte* exige que l'accusé soit jugé par un tribunal indépendant et impartial au cours d'un procès équitable. Le critère applicable à cette exigence a été exposé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, que notre Cour a tout récemment approuvé dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Bien que ces arrêts aient visé l'indépendance judiciaire, le critère en cause s'applique aussi à l'impartialité. Le juge Le Dain a formulé ce critère comme suit, à la p. 689:

. . . il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la *Charte* soit, comme le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception . . .

Il ressort clairement de ce passage qu'il n'est pas nécessaire de conclure à la partialité réelle

infringement of the *Charter* is found. The informed observer's perception that the system of selecting jurors impairs impartiality is sufficient. If one party enjoys a greater influence, the observer need only have a reasonable apprehension of partiality. This accords with Le Dain J.'s reference to de Grandpré J.'s comments from *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369. At page 684 of *Valente, supra*, Le Dain J. reproduced de Grandpré J.'s comments at p. 394:

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

Application of the Test

In my view, the disparity between the accused's and the Crown's right to challenge jurors cannot meet the test from *Valente*. Briefly the stand by cannot be upheld because the Crown is allowed to have a greater role in fashioning the jury. It may take partisan interests into consideration in carrying out that role. The accused's role in selecting his or her jury of peers is thereby significantly diminished, impairing the appearance that the jury is indifferent as between the Crown and the accused. This offends the *Charter* because the appearance of impartiality is an essential element of the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

I base my conclusions on the ground that the substantial disparity contained in this legislation exists not in a mere procedure or rule but in the role each party has in choosing the jury by which the accused will be tried.

d'un jury pour qu'il y ait violation de la *Charte*. Il suffit que l'observateur bien renseigné ait l'impression que le système de sélection du jury porte atteinte à l'impartialité. Si l'une des parties a une plus grande influence, il suffit que l'observateur éprouve une crainte raisonnable de partialité. Cela concorde avec le renvoi qu'a fait le juge Le Dain aux remarques du juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369. À la p. 684 de l'arrêt *Valente*, précité, le juge Le Dain reproduit les remarques du juge de Grandpré, à la p. 394:

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

L'application du critère

À mon avis, la disparité entre le droit de l'accusé et celui du ministère public de récuser les jurés ne saurait satisfaire au critère énoncé dans l'arrêt *Valente*. En résumé, la mise à l'écart ne peut être approuvée parce qu'elle permet au ministère public de jouer un plus grand rôle dans la constitution du jury. Celui-ci peut donner suite à des considérations partisans dans l'exercice de ce rôle. Le rôle de l'accusé dans le choix de son jury se trouve donc considérablement amoindri, portant de la sorte atteinte à l'apparence d'impartialité du jury entre le ministère public et l'accusé. Cela est incompatible avec la *Charte* parce que l'apparence d'impartialité est un élément essentiel du droit garanti par l'al. 11d) de la *Charte*.

Je fonde mes conclusions sur le fait que la disparité considérable que comportent ces dispositions législatives existe non pas dans une simple procédure ou règle, mais dans le rôle que joue chaque partie dans le choix du jury par lequel l'accusé sera jugé.

Numerical Inequality

I turn first to the extensive discrepancy between the number of challenges afforded to the Crown and the accused. I emphasize that it is not merely the inequality of the position of the Crown and the accused that leads to an inference of the appearance of partiality. The Crown and the accused are never in a parallel position during the course of a trial. Indeed, there are many procedures, rules, and practices contained within the *Code* and the common law that detract from any symmetry between the Crown and the accused. There is necessarily a difference in the status and power of the Crown and the accused given the nature of their respective roles in a trial. I do not intend to cast doubt on that reality, but in this case, the substantial difference in the fundamental activity of choosing the jury demands explanation and justification.

I proceed upon the basis that the power to stand by jurors in many instances amounts to granting the Crown additional peremptory challenges. The appellant argued that the stand by was in fact tantamount to a peremptory challenge. Once a juror is stood by, that person will not be called again to sit on that jury unless the whole panel has been exhausted. In both written and oral argument the Crown made the important concession that in some cases the stand by does amount to a peremptory challenge. Once it is recognized that the stand by can and does in fact operate as a peremptory challenge, there can be no obvious justification for granting 52 peremptory challenges (in the form of stand bys and statutorily granted peremptory challenges) to the Crown where the accused only enjoys four, 12 or 20.

I recognize that in the case of multiple defendants, each accused is entitled to the same number of challenges as if the accused were being tried separately, whereas the Crown is limited to the amount specified in the *Code*. For instance, on a charge for murder where there are three defend-

L'inégalité numérique

Je me penche tout d'abord sur l'écart considérable entre le nombre de récusations offertes au ministère public et à l'accusé. Je souligne que ce n'est pas seulement l'inégalité entre la position du ministère public et celle de l'accusé qui donne lieu par inférence à une apparence de partialité. La situation du ministère public et celle de l'accusé n'est jamais égale au cours du procès. En effet, de nombreuses procédures, règles et pratiques du *Code* et de la common law empêchent toute symétrie entre le ministère public et l'accusé. Il existe nécessairement une différence entre la situation et les pouvoirs du ministère public et ceux de l'accusé, vu la nature de leurs rôles respectifs au cours d'un procès. Je n'entends pas mettre en doute cette réalité mais, en l'espèce, la différence considérable entre les deux parties dans l'activité fondamentale qu'est le choix du jury exige une explication aussi bien qu'une justification.

Je procède à l'étude de cette question en tenant pour acquis que le droit de mise à l'écart des jurés équivaut dans bien des cas à accorder au ministère public un nombre supplémentaire de récusations péremptoires. L'appelant a fait valoir que la mise à l'écart était de fait assimilable à la récusation péremptoire. Après qu'un juré est mis à l'écart, on ne lui demandera plus de servir de juré à moins que tout le tableau ne soit épuisé. Aussi bien dans son mémoire que dans sa plaidoirie, le ministère public a concédé, ce qui n'est pas sans importance, que dans certains cas la mise à l'écart équivaut effectivement à la récusation péremptoire. Dès lors que l'on reconnaît que la mise à l'écart peut équivaut et équivaut de fait à la récusation péremptoire, il ne saurait y avoir aucune justification évidente des 52 récusations accordées au ministère public (sous forme de mises à l'écart et de récusations péremptoires prévues par la loi) alors que l'accusé n'en a que quatre, 12 ou 20.

Je veux bien admettre que lorsqu'il y a plusieurs défendeurs, chaque accusé a droit au même nombre de récusations que s'il était jugé séparément, alors que le ministère public est limité au nombre prévu au *Code*. Ainsi, lorsqu'une accusation de meurtre vise par exemple trois défendeurs, les

ants, the accused persons would have a total of 60 peremptory challenges whereas the Crown would be limited to a total of four peremptory and 48 stand bys. Similarly, if there are five or more co-defendants for any other offence which carries the possibility of more than five years' imprisonment, the Crown's number of peremptory challenges and stand bys would be equal or less than the total defence peremptory challenges. For offences not carrying more than five years liability of imprisonment, however, there would have to be 13 or more co-defendants before the Crown would have the equivalent or less combined stand by and peremptory challenges than the total of the accused persons' peremptory challenges.

The spectre of multiple defendants cannot justify conferring upon the Crown such a substantial advantage in the number of challenges. In most situations, the Crown enjoys far more peremptory challenges in the form of stand bys than the accused. The Crown does not have as strong a claim to the concept of challenge without cause as does the accused and there is no inherent reason why the Crown would need more (or perhaps even as many) challenges as the accused. In any event, I do not think the relative infrequency of the scenarios listed above can serve to justify the more common occurrence of the Crown's possessing a broad numerical advantage.

The Stand By and the Peremptory Challenge

The Crown argued that the stand bys are necessary because they have a purpose beyond their utility as a peremptory challenge. In my opinion, a brief review of the historical origins of the stand by illustrates its basis is suspect and there is little modern justification for its continued existence.

The English common law originally granted the Crown an unlimited capacity peremptorily to challenge jurors while the accused was only allowed

accusés ont droit à un total de 60 récusations péremptoires alors que le ministère public doit s'en tenir à un total de quatre récusations péremptoires et 48 mises à l'écart. De la même façon, si nous supposons que cinq codéfendeurs ou plus sont accusés d'une infraction punissable d'un emprisonnement de plus de cinq ans, le nombre de récusations péremptoires et de mises à l'écart auquel a droit le ministère public est égal ou inférieur au nombre total de récusations péremptoires accordé à la défense. Toutefois, en ce qui concerne les infractions qui ne sont pas punissables d'un emprisonnement de plus de cinq ans, il devrait y avoir 13 codéfendeurs ou plus pour que le nombre de mises à l'écart et de récusations péremptoires combinées accordé au ministère public soit égal ou inférieur au nombre total de récusations péremptoires auquel ont droit les accusés.

La perspective des codéfendeurs multiples ne saurait justifier le législateur de conférer au ministère public un avantage aussi considérable à l'égard du nombre de récusations. Dans la plupart des cas, le ministère public jouit d'un nombre bien plus grand de récusations péremptoires sous forme de mises à l'écart que l'accusé. Il ne saurait avoir des prétentions aussi fortes que celles de l'accusé à l'égard du concept de la récusation sans motif, et il n'existe aucune raison inhérente pour laquelle il aurait besoin d'un nombre de récusations supérieur (ou peut-être même égal) à celui de l'accusé. En tout état de cause, je ne crois pas que les scénarios relativement peu communs exposés plus haut puissent servir à justifier le fait plus courant que le ministère public a un gros avantage numérique.

La mise à l'écart et la récusation péremptoire

Le ministère public a fait valoir que la mise à l'écart est nécessaire parce qu'elle a un autre objet que son utilité en tant que récusation péremptoire. À mon avis, un bref aperçu de l'historique de la mise à l'écart montre qu'elle repose sur un fondement suspect, et qu'il existe aujourd'hui peu de justification de son maintien.

La common law anglaise accordait à l'origine à la Couronne la capacité illimitée de récuser les jurés péremptoirement alors que l'accusé n'avait

35 peremptory challenges. This unlimited power led to abuses because the Crown would peremptorily challenge the whole array of jurors without qualifying 12 jurors. The trial was then postponed and the accused kept in custody until the next session. An attempt was made to curtail this abuse in 1305 when a statute containing the following edict was passed (*An Ordinance for Inquests*, 33 Ed. 1, c. 4):

... but if they that sue for the King will challenge any of those Jurors, they shall assign of their Challenge a Cause certain, and the Truth of the same Challenge shall be enquired of according to the Custom of the Court; ...

Despite the fact that the logical reading of this provision seems to indicate that the Crown had no power to challenge except for cause, it was interpreted to mean that the Crown need not assign the cause for its challenge until the panel had been gone through. Presumably the Courts felt they could not sanction eliminating the Crown's power to challenge absent cause while accused persons retained that ability. It was thus that the stand by was born. Certain attempts were made to impugn this rule but it survived and was re-enacted in *The Juries Act, 1825* (Eng.), 6 Geo. 4, c. 50, s. 29, which was interpreted in the same manner as its predecessor.

Canada inherited this legacy. Section 668(9) of *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, granted the Crown an unlimited power to stand by jurors. This was eventually reduced to 48, as now exists, in 1917 (*An Act to amend the Criminal Code (respecting jurors)*, S.C. 1917, c. 13, s. 1). When this legislation was being debated, the Minister of Justice, Hon. C. J. Doherty noted that:

Perhaps it might be more correct to say that the more you increase the number of men from whom the Crown can, by this process of elimination, select the twelve that it wants, the more you increase the opportunity for the Crown to find a jury exactly to its liking.

(*House of Commons Debates*, Aug. 9, 1917, at p. 4309.)

droit qu'à 35 récusations péremptoires. Ce pouvoir illimité a conduit à des abus car la Couronne récusait péremptoirement tous les jurés sans en accepter 12. Le procès était alors reporté et l'accusé restait sous garde jusqu'à la session suivante. En 1305, on a tenté de restreindre cet abus en adoptant une loi contenant la disposition suivante *An Ordinance for Inquests*, 33 Ed. 1, ch. 4:

[TRADUCTION] ... mais si ceux qui poursuivent au nom du Roi récusent l'un quelconque des jurés, ils doivent donner à leur récusation un motif précis dont la véracité sera vérifiée selon l'usage du tribunal ...

Bien que l'interprétation logique de cette disposition laisse croire que la Couronne ne pouvait récuser que pour un motif précis, on y a lu qu'elle n'avait pas à motiver ses récusations tant que tout le tableau des candidats jurés n'était pas épuisé. Les tribunaux ont probablement cru qu'ils ne pouvaient approuver le retrait de la faculté de la Couronne de récuser sans motif alors que les accusés conservaient la leur. C'est ainsi qu'est née la mise à l'écart. On a tenté de contester cette règle, mais elle a survécu et elle a été adoptée de nouveau dans *The Juries Act, 1825* (Eng.), 6 Geo. 4, ch. 50, art. 29, qui a été interprétée de la même façon que la mesure législative qui l'a précédée.

Le Canada a hérité de cette règle. Le paragraphe 668(9) du *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, accordait au ministère public la faculté sans restriction de mettre des jurés à l'écart. Ce nombre a été réduit à 48, en 1917 dans la *Loi modifiant le Code criminel (concernant les jurés)*, S.C. 1917, ch. 13, art. 1, et il reste le même aujourd'hui. Au moment où cette mesure législative était débattue, le ministre de la Justice, l'honorable C. J. Doherty a dit ce qui suit:

Peut-être serait-il plus juste de dire que, plus on augmente le nombre de ceux parmi lesquels la couronne peut, par ce procédé d'élimination, choisir les douze jurés dont elle a besoin, plus on augmente ses chances de trouver un jury parfaitement à son goût.

(*Débats de la Chambre des communes*, 9 août 1917, p. 4455.)

The twentieth century justification of the stand by was discussed by Hart J.A. in *R. v. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401 (N.S.S.C.A.D.), as follows at p. 412:

The traditional reason for permitting the Crown to stand aside jurors as they were called to the book to be sworn was the limited size of a jury panel. If both the Crown and the accused had the number of peremptory challenges available to the accused the panel would soon become exhausted and the need for talesmen would arise. To prevent this problem the Crown was permitted to stand aside the juror rather than challenge him at that time, and this would permit the juror to remain on the panel until all of the members have been exhausted and then be recalled if a full jury had not been sworn. Those jurors who had been stood aside would then still be available to complete the jury without the need of talesmen: . . .

See also McEldowney, "Stand By For The Crown": an Historical Analysis", [1979] *Crim. L.R.* 272, Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Lewis, ed., vol. 4, pp. 354-56 and pp. 1739-42 (Lewis, edition), *Morin v. The Queen*, *supra*, and *R. v. Cecchini* (1985), 22 C.C.C. (3d) 323 (Ont. H.C.). This modern rationale does not justify numerical disparity, nor permit only one of the adversaries to defer its challenge.

I turn now to determine the rationale for peremptory challenges, in order to ascertain the justification for any disparity between the powers of the crown and the accused.

What, then is the basis for the peremptory challenge? I can find no basis other than that expressed by Blackstone, *supra*, at p. 353 and p. 1738 (of Lewis' edition):

. . . in criminal cases, or at least in capital ones, there is, *in favorem vitae*, allowed to the prisoner an arbitrary and capricious species of challenge to a certain number of jurors, without showing any cause at all, which is called a *peremptory* challenge; a provision full of that tenderness and humanity to prisoners for which our English laws are justly famous. This is grounded on two reasons. 1. As every one must be sensible what sudden impressions and unaccountable prejudices we are apt to con-

Le juge Hart a discuté de la justification au XX^e siècle de la mise à l'écart des jurés dans l'arrêt *R. c. Johnstone* (1986), 26 C.C.C. (3d) 401 (C.S.N.-É., Div. app.); il a dit ce qui suit, à la p. 412:

[TRADUCTION] Le motif traditionnellement invoqué pour justifier le ministère public de tenir des jurés à l'écart au fur et à mesure qu'on leur demandait de prêter serment était la taille réduite du tableau des jurés. Si le ministère public et l'accusé disposaient tous deux du nombre de récusations péremptoires accordé à l'accusé, le tableau serait vite épuisé, et il serait nécessaire de recourir à des jurés *ad hoc*. Pour éviter ce problème, on a permis au ministère public de tenir à l'écart des jurés plutôt que de les récuser à ce moment-là, ce qui leur permettait de rester inscrits au tableau jusqu'à ce que tous les candidats jurés aient été récusés, et d'être rappelés si un jury complet n'avait pas été constitué. Les jurés tenus à l'écart étaient donc disponibles pour compléter le jury sans qu'il soit nécessaire de recourir aux jurés *ad hoc*: . . .

Voir aussi McEldowney, «'Stand By For The Crown': an Historical Analysis», [1979] *Crim. L.R.* 272, Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, éd. Lewis, vol. 4, aux pp. 354 à 356 et aux pp. 1737 à 1742 (de l'édition Lewis), *Morin c. The Queen*, précité, et *R. c. Cecchini* (1985), 22 C.C.C. (3d) 323 (H.C. de l'Ont.). Ce raisonnement contemporain ne justifie pas l'inégalité numérique ni le fait qu'un seul des adversaires puisse différer sa récusation.

J'examinerai maintenant la raison d'être de la récusation péremptoire afin d'apprécier la justification de toute disparité entre la faculté du ministère public et celle de l'accusé.

Quel est donc le fondement de la récusation péremptoire? Je n'en vois aucun, sinon celui qu'a formulé Blackstone, *op. cit.*:

Mais dans les affaires criminelles, ou du moins dans les causes *capitales*, il est accordé de plus au prisonnier, *in favorem vitae*, un genre de récusation arbitraire et à volonté, contre un certain nombre de jurés, sans qu'il ait à en donner aucune raison. C'est ce qu'on appelle une récusation *péremptoire*; disposition où respirent cette compassion, cette humanité pour les accusés, justement louées dans les législateurs anglais. Elle est fondée sur deux raisons. 1^o. On sait quelles impressions subites,

ceive upon the bare looks and gestures of another, and how necessary it is that a prisoner (when put to defend his life), should have a good opinion of his jury, the want of which might totally disconcert him, the law wills not that he should be tried by any one man against whom he has conceived a prejudice, even without being able to assign a reason for such his dislike. 2. Because, upon challenges for cause shown, if the reasons assigned prove insufficient to set aside the juror, perhaps the bare questioning his indifference may sometimes provoke a resentment, to prevent all ill consequences from which the prisoner is still at liberty, if he pleases, peremptorily to set him aside.

This passage was quoted in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at p. 720. The basis of the peremptory challenge is "purely subjective." In *R. v. Mason*, [1981] Q.B. 881 (C.A.), the history of stand bys was considered. At pages 889-90 Lawton L.J. refers to a quotation from Lord Campbell C.J. that a stand by is the equivalent of a peremptory challenge which could be exercised until the whole panel had been called. This right may be exercised without valid provable objection. At page 888, the court gives as an example of the use of the stand by an instance where a poacher might properly be stood by where the charge involves wounding a gamekeeper while poaching. The court noted that this juror is unlikely to be impartial. So it is clear that "partiality" may be considered in exercising the power.

As no objective showing need be made, it is clear that either side may exercise the right to exclude a juror on considerations of partiality.

The Crown, in exercising its stand by power, is hoping to achieve a peremptory challenge, deferring its challenge for cause, or deferring its peremptory challenge. In any case it is given greater play in the selection of the jury, in its fashioning, than is permitted to the accused.

quelles préventions inexplicables peuvent exciter en nous les regards seuls, l'air, les gestes d'une personne; et l'on conçoit combien il importe qu'un prisonnier, quand il a son existence à défendre, n'ait pas de ses jurés une opinion défavorable, qui pourrait le déconcerter totalement: en conséquence la loi s'oppose à ce qu'il soit examiné par un homme qui lui a inspiré de l'aversion, quoiqu'il ne puisse indiquer la cause de sa prévention. 2°. Dans le cas de récusation *pour cause*, si le motif allégué ne paraît pas suffisant pour exclure le juré, il se peut que le simple fait d'avoir mis en question son impartialité, provoque son ressentiment: et, pour en prévenir les fâcheuses conséquences, il est encore libre au prisonnier de l'écarter, s'il le veut, par la récusation *péremptoire*.

(Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. 6, aux pp. 257 et 258.)

Ce passage a été cité dans l'arrêt *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709 à la p. 720. Le fondement de la récusation péremptoire est «purement subjectif». L'arrêt *R. c. Mason*, [1981] Q.B. 881 (C.A.) étudie les origines de la mise à l'écart. Aux pp. 889 et 890, le lord juge Lawton cite le lord juge en chef Campbell, qui a dit qu'une mise à l'écart équivaut à une récusation péremptoire que l'on peut exercer jusqu'à l'appel complet du tableau des jurés. Cette faculté peut s'exercer sans objection valable dont la preuve peut être faite. À la p. 888, la cour donne comme exemple du recours à la mise à l'écart le cas où un braconnier pourrait à bon droit être tenu à l'écart lorsque le prévenu est accusé d'avoir blessé un garde-chasse alors qu'il braconnait. La cour a signalé que ce juré ne serait vraisemblablement pas impartial. Il est donc clair que la «partialité» peut entrer en ligne de compte dans l'exercice de cette faculté.

Comme aucun motif objectif n'a à être démontré, il est clair que l'une et l'autre partie peuvent exercer leur droit d'écarter un juré pour des raisons de partialité.

Le ministère public, en exerçant sa faculté de mise à l'écart, espère faire une récusation péremptoire, différant sa récusation motivée ou encore sa récusation péremptoire. Quoi qu'il en soit, il jouit d'une latitude plus grande dans la sélection du jury, dans sa constitution, que celle de l'accusé.

In argument, counsel for the Crown contended that the stand by is a “deferred challenge for cause” and therefore should not be viewed in the same vein as peremptory challenges. I am unable to accept that characterization in the light of the acknowledgment that the stand by may be employed as a peremptory challenge and given the reality of large jury panels that ensures that in a great many cases a juror stood by will not be recalled. Informed commentators have no difficulty in concluding that the “stand by” gives substantial rights of challenge: East, “Jury Packing: A Thing of the Past?” (1985), 48 *Mod. L.R.* 518, at p. 520. McEldowney, *supra*, says it “. . . is analogous to the defence’s right of peremptory challenge . . .” at p. 272, quoting the Morris Report, Cmnd 2627 (1965). That the challenge and stand by may both be used for partisan reasons was the conclusion of the Roskill Committee, *Fraud Trials*, 1986, paragraphs 7.36 ff. which condemned manipulation and recommended abolition of both the peremptory challenge and the stand by. Consequently the peremptory challenge has been eliminated and the stand by substantially circumscribed in England: *Halsbury’s Laws of England*, Annual Abridgment 1988, paragraph 1313.

Even if the “stand by” is recalled the Crown may still exercise a peremptory challenge to exclude that person. In this sense, the stand by is not necessarily a deferred challenge for cause. That description was appropriate at one time but the present section (s. 641, formerly s. 570) of the *Criminal Code* states that if no names remain to be called and a full jury is not sworn, the names of those stood by are called again and “they shall be sworn, unless challenged by the accused, or unless the prosecutor challenges them or shows cause why they should not be sworn”. It is clear, therefore, that a juror stood by can still be peremptorily challenged by the Crown or the accused.

Dans sa plaidoirie, le substitut du procureur général a avancé que la mise à l’écart est une [TRANSDUCTION] «récusation motivée différée» et que, par conséquent, elle ne devrait pas être considérée du même œil que la récusation péremptoire. Je ne puis accepter cette qualification puisqu’on reconnaît que la mise à l’écart peut servir de récusation péremptoire et étant donné la réalité de la longueur des tableaux des jurés qui font que dans bien des cas un juré tenu à l’écart ne sera pas rappelé. Les auteurs avisés concluent sans réticence que la «mise à l’écart» donne des droits de récusation considérables: East, «Jury Packing: A Thing of the Past?» (1985), 48 *Mod. L.R.* 518 à la p. 520. McEldowney, *loc. cit.*, dit que la mise à l’écart est [TRANSDUCTION] «. . . analogue au droit de récusation péremptoire de la défense . . .», à la p. 272, citant le Morris Report, Cmnd 2627 (1965). Le fait que la récusation aussi bien que la mise à l’écart puissent servir des fins partisans a été la conclusion tirée par le Roskill Committee, *Fraud Trials*, 1986, aux par. 7.36 et suiv., qui a condamné la manipulation du jury et recommandé l’abolition de la récusation péremptoire et de la mise à l’écart. En conséquence, la récusation péremptoire a été éliminée et la mise à l’écart considérablement restreinte en Angleterre: *Halsbury’s Laws of England*, Annual Abridgment 1988, par. 1313.

Même si celui qui a été «mis à l’écart» est rappelé, le ministère public peut encore l’écarter au moyen de la récusation péremptoire. En ce sens, la mise à l’écart n’est pas nécessairement une récusation motivée différée. Cette description était appropriée à une certaine époque, mais l’article actuel (art. 570 (maintenant art. 641)) du *Code criminel* dit que s’il ne reste plus de noms à appeler et qu’un jury complet n’a pas été assermenté, les noms de ceux à qui il a été ordonné de se tenir à l’écart sont de nouveau appelés et «ces jurés sont assermentés, à moins d’être récusés par le prévenu ou à moins que le poursuivant ne les récusé ou ne démontre pourquoi ils ne devraient pas être assermentés». Il est donc évident qu’un juré tenu à l’écart peut encore être récusé péremptoirement par le ministère public ou par l’accusé.

The Crown also claims it acts in its quasi-judicial role and uses the stand by to exclude those people who are inappropriate but whose objectionability neither fits within the boundaries of s. 567 (now s. 638) nor is egregious enough to warrant the utilization of a peremptory challenge. It also argued that the modern justification for its power to challenge is to provide a balanced selection of jurors. The Crown claimed it uses the challenges only within its quasi-judicial role: it seeks only to secure an impartial jury and not one predisposed towards the Crown's case.

In the absence of some control, however, the observer of the process is bound to conclude that the crown possesses a substantial advantage and by its uncontrolled exercise may influence the make-up of that jury under partisan considerations.

I agree with Professor Mewett's observation in "The Jury Stand-By" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, at p. 386, "But the dividing line between the Crown's legitimate interest in ensuring an impartial jury and any illegitimate interest it may have in packing the jury, if not with favourable jurors then at least with not unfavourable jurors, is not an easy one to draw and even less easy to enforce". In *Cloutier, supra*, at pp. 720-21, this Court noted that peremptory challenges were intended to give each party the right to remove individuals "whom he does not believe to be impartial". To a similar effect is the observation, quoted above, of the Minister of Justice in 1917.

While I agree that the stand by may be used beneficially, I do not think we can rely on professed good intentions to uphold such a disparity. An example of the use of the power to tailor the jury selection is found in the recent case of *R. v. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783. The Crown acts within an adversarial forum. It is not unreasonable to think that there are times when the Crown's challenges or stand bys are motivated by an anxi-

Le ministère public affirme aussi qu'il exerce son rôle quasi judiciaire et qu'il utilise la mise à l'écart pour exclure les personnes qui ne conviennent pas sans que les objections qu'elles suscitent ne relèvent de l'art. 567 (maintenant art. 638) ni ne soient si flagrantes qu'elles justifient le recours à la récusation péremptoire. Il soutient aussi que la justification contemporaine de sa faculté de récusation réside dans la nécessité d'offrir un choix bien équilibré de jurés. Il prétend qu'il ne recourt à la récusation que dans l'exercice de son rôle quasi judiciaire: il ne cherche qu'à obtenir un jury impartial et non un jury sympathique à sa cause.

En l'absence d'un contrôle quelconque, cependant, celui qui observe le processus sera bien obligé de conclure que le ministère public a un avantage considérable et que son exercice sans contrôle de cette faculté peut lui permettre d'influer sur la constitution du jury pour des fins partisans.

Je suis d'accord avec le professeur Mewett lorsqu'il dit dans «The Jury Stand-By» (1988), 30 *Crim. L.Q.* 385, à la p. 386: [TRADUCTION] «Mais la ligne de démarcation entre l'intérêt légitime qu'a le ministère public à assurer la constitution d'un jury impartial et tout intérêt illégitime qu'il peut avoir à se composer un jury favorable, sinon grâce à des jurés sympathiques à sa cause, tout au moins à l'aide de ceux qui ne lui sont pas défavorables, n'est pas facile à tirer et encore moins à faire respecter». Dans l'arrêt *Cloutier*, précité, aux pp. 720 et 721, notre Cour a souligné que les récusations péremptoires avaient pour but de donner à chaque partie le droit d'écarter du jury ceux «qu'elle ne croit pas être impartiaux». La remarque citée plus haut du ministre de la Justice en 1917 va dans le même sens.

Je veux bien convenir que la mise à l'écart peut être employée de façon bénéfique, mais je ne crois pas que nous puissions nous en remettre à l'expression de bonnes intentions pour justifier une telle inégalité. La cause récente de *R. c. Pizzacalla* (1991), 5 O.R. (3d) 783, fournit un exemple de l'emploi de la mise à l'écart à des fins intéressées. Le ministère public agit au sein d'un système accusatoire. Il n'est pas déraisonnable de croire

ety to secure a conviction rather than a strictly quasi-judicial interest in the fairness of the trial. It is, indeed, proper for the Crown to use the process to put aside potential jurors who may be partial to the accused. In the context of the jury trial “impartial” means “indifferent” and the peremptory powers enable the parties a limited power to exercise subjective assessments of that indifference. What cannot be justified to the observer of the process is granting the Crown a greater opportunity to carry these assessments into the selection process.

Would an informed observer perceive an unfairness in the jury selection process that may affect the indifference, real or perceived, of the jury? If the Crown exercises a quasi-judicial function to stand by jurors its motivation and reasons are unknown. Keeping in mind the fact that the juror stood by is not often recalled, there is an inherent perception that the jury selection process is unbalanced. Regardless of the Crown’s motives and reasons for standing by a juror, there remains a clear impression of inequality caused by the marked imbalance between the Crown’s and the accused’s ability to configure the jury. While the Crown may perform a quasi-judicial function it is not uninterested in securing convictions of accused persons. Section 563 (now s. 634) is unconstitutional because it provides for the apparent transformation of this interest into reality. This offends s. 11(d) of the *Charter*.

As the Crown noted in this case, the constitutional validity of s. 563 (now s. 634) has been examined by many courts before. In many of these cases, the courts recognized the inherent unfairness in the difference between the Crown’s and the accused’s ability to challenge jurors and yet upheld the section. O’Leary J.’s comments in *R. v. Piraino*

que parfois les récusations ou les mises à l’écart du ministère public sont motivées par son souci d’obtenir une condamnation plutôt que par sa préoccupation strictement quasi judiciaire d’assurer l’impartialité du procès. Il est certes approprié que le ministère public exerce cette faculté pour tenir à l’écart des candidats jurés qui peuvent être partiaux envers l’accusé. Dans le contexte du procès par jury, «impartial» est utilisé au sens de l’al. 638(1)b) du *Code criminel*, et la faculté des parties d’écarter péremptoirement les jurés leur donne le pouvoir restreint de faire des appréciations subjectives de cette impartialité. Ce qui ne saurait se justifier aux yeux de l’observateur du processus, c’est d’accorder au ministère public une plus grande possibilité d’appliquer ces appréciations au processus de sélection.

L’observateur bien renseigné verrait-il dans le processus de sélection du jury une injustice susceptible de nuire à l’impartialité, réelle ou perçue, du jury? Si le ministère public exerce une fonction quasi judiciaire de mise à l’écart des jurés, sa motivation et ses motifs sont inconnus. Étant donné que le juré tenu à l’écart n’est pas souvent rappelé, l’impression inhérente s’impose que le processus de sélection du jury n’est pas équilibré. Indépendamment du mobile et des motifs pour lesquels le ministère public met un juré à l’écart, il subsiste une nette impression d’inégalité en raison du déséquilibre marqué entre la capacité du ministère public et celle de l’accusé de composer le jury. Bien que le ministère public puisse exercer une fonction quasi judiciaire, il n’est pas sans être intéressé à obtenir la condamnation de l’accusé. L’article 563 (maintenant art. 634) est inconstitutionnel parce qu’il permet apparemment à cet intérêt de recevoir son application dans la réalité, ce qui est incompatible avec l’al. 11d) de la *Charte*.

Comme l’a remarqué le ministère public en l’espèce, la constitutionnalité de l’art. 563 (maintenant art. 634) a été étudiée par de nombreux tribunaux auparavant. Dans beaucoup de ces affaires, les tribunaux ont reconnu l’injustice inhérente qui existe dans la différence entre les facultés respectives du ministère public et de l’accusé de récuser les jurés,

(1982), 67 C.C.C. (2d) 28 (Ont. H.C.), are typical. At pages 30-31 he stated:

There is no doubt that the right given the Crown to challenge four jurors peremptorily and to stand aside 48, while the accused on a rape charge can challenge but 12 jurors peremptorily and the requirement that the accused declare first whether he challenges a juror, gives the Crown an unfair advantage in the jury selection process. This does not mean, however, that there is any danger that the jury chosen will not be independent and impartial. It simply means that the Crown has a much better chance than the defence of selecting out of the entire jury panel a jury it hopes will be most sympathetic to its position. [Emphasis added.]

In *R. v. Johnstone*, *supra*, Hart J.A. also discussed the validity of s. 563 (now s. 634). At pages 412-13 he noted:

In recent years jury panels have become much larger and there is less need for the Crown to exercise its right to stand individual jurors aside, but unfortunately a practice has arisen with certain Crown counsel to stand aside large numbers of jurors, and it may be that the time has come to eliminate this process and balance the number of peremptory challenges available to both the Crown and the accused. [Emphasis added.]

Similarly DuPont J. in *R. v. Cecchini*, *supra*, noted at p. 326:

... the disparity in the rights or challenges as between the Crown and the accused in most cases prevents that vital part of a criminal trial from appearing fair. This results from the use made by Crowns of their rights to stand aside, which in many cases gives them, in the eyes of the public, a major advantage. It can be argued that a jury selected with a marked advantage to one side in its selection will not meet the test of appearing to be impartial. [Emphasis added.]

In *Cecchini*, where the accused was charged with murder, DuPont J. limited the Crown's stand bys to 16. See also *R. v. Favel* (1987), 39 C.C.C.

et cependant ils ont maintenu cet article. Les commentaires du juge O'Leary dans l'arrêt *R. c. Piraino* (1982), 67 C.C.C. (2d) 28 (H.C. Ont.), sont typiques. Aux pp. 30 et 31, il a déclaré:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le droit conféré au ministère public de récuser quatre jurés péremptoirement et d'en mettre 48 à l'écart, alors que la personne accusée de viol ne peut récuser péremptoirement que 12 jurés, et que l'obligation faite à l'accusé de déclarer le premier s'il récusé un juré, donnent au ministère public un avantage injuste relativement au processus de sélection du jury. Cela ne signifie pas cependant qu'il est à craindre que le jury choisi ne sera pas indépendant et impartial. Cela signifie simplement que le ministère public a une bien meilleure chance que la défense de choisir sur le tableau complet des jurés un jury dont il espère qu'il sera très favorable à sa position. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *R. c. Johnstone*, précité, le juge Hart a aussi examiné la constitutionnalité de l'art. 563 (maintenant art. 634). Aux pp. 412 et 413 il a noté:

[TRADUCTION] Au cours des dernières années, le tableau des jurés est devenu beaucoup plus considérable et il est moins nécessaire pour le ministère public d'exercer son droit de tenir des jurés à l'écart, mais malheureusement certains substituts du procureur général ont pris l'habitude de mettre à l'écart un grand nombre de jurés, et il se peut que le temps soit venu de mettre fin à cette pratique et d'établir un équilibre entre le nombre des récusations péremptoires accordé respectivement au ministère public et à l'accusé. [Je souligne.]

De la même façon, le juge DuPont, dans l'arrêt *R. c. Cecchini*, précité, a remarqué, à la p. 326:

[TRADUCTION] ... la disparité des droits ou des récusations accordés respectivement au ministère public et à l'accusé dans la plupart des cas empêche cette partie essentielle du procès criminel de paraître équitable. Cela est imputable à l'usage que font les substituts du procureur général de leur faculté de mise à l'écart, qui dans bien des cas leur donne, aux yeux du public, un avantage considérable. On peut avancer qu'un jury dont le choix s'est fait avec un avantage marqué chez une des parties ne satisfera pas au critère de l'apparence d'impartialité. [Je souligne.]

Dans *Cecchini*, où l'inculpé était accusé de meurtre, le juge Dupont a limité à 16 les mises à l'écart du ministère public. Voir aussi les arrêts *R.*

(3d) 378 (Sask. C.A.), *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (Ont. C.A.), and *R. v. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81 (Ont. H.C.).

In all of these cases (except *Cecchini*) the courts, if asked, have upheld the constitutional validity of s. 563 (now s. 634). In most of those cases, the following reasoning from *Piraino* was either explicitly or implicitly applied. In his oral judgment, O'Leary J. stated at pp. 29-30:

The jury selection process is just one step in the trial. The course of a trial is governed and affected by almost countless rules relating to procedure and the admissibility of evidence. Many of those rules when isolated and looked at individually, would appear to favour either the Crown or the accused. Indeed, the same rule may at one point favour the Crown and at another point favour the accused. Others of those rules consistently favour either the Crown or the accused. The requirements; that the Crown prove each element of a charge beyond a reasonable doubt before there can be a conviction; that the accused cannot be required to testify and that the Crown and the trial judge may not comment on the fact that the accused has not testified are examples of rules that favour the accused.

In my view, so far as the issue before me is concerned, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* gives to every citizen the right to a fair trial. It does not assure him the right that every rule that governs that trial, when examined individually, be fair to him. It does, however, assure him that any individual rule that is so unfair that it will result in an unfair trial being had will be struck down.

Potts J.'s comments in *R. v. Ross*, *supra*, reveal a similar viewpoint at p. 86:

When one reviews the entire jury selection process, it becomes clear that the acts complained of as being unfair are at the end of a rather lengthy process designed to ensure randomness and independence and impartiality. Can the Crown's ability to request that a potential juror stand aside be seen to impugn this entire process? I respectfully submit that it cannot. At best, the jury selection carried on in a courtroom by counsel is educated guesswork operating on a sample of strangers carefully

c. Favel (1987), 39 C.C.C. (3d) 378 (C.A. Sask.), *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (C.A. Ont.), et *R. c. Ross* (1986), 53 C.R. (3d) 81 (H.C. Ont.).

Dans toutes ces affaires (sauf l'affaire *Cecchini*) les tribunaux, lorsqu'on le leur demandait, ont confirmé la constitutionnalité de l'art. 563 (maintenant art. 634). Dans la plupart de ces affaires, le raisonnement suivi dans l'arrêt *Piraino* a été suivi implicitement ou explicitement. Dans son jugement oral, le juge O'Leary a déclaré, aux pp. 29 et 30:

[TRADUCTION] Le processus de sélection du jury n'est qu'une étape du procès; le cours de ce dernier est régi et influencé par un nombre presque illimité de règles relatives à la procédure et à la recevabilité de la preuve. Nombre de ces règles, prises et considérées isolément, paraîtraient favoriser soit le ministère public, soit l'accusé. De fait, la même règle peut, à un moment, favoriser le ministère public et à un autre, l'accusé. D'autres parmi ces règles favorisent constamment soit le ministère public soit l'accusé. Mentionnons parmi les règles qui favorisent l'accusé les suivantes: le ministère public doit faire la preuve de chaque élément des chefs d'accusation au-delà de tout doute raisonnable pour qu'il puisse y avoir déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut être contraint de témoigner et ni le ministère public ni le juge du procès ne peuvent faire de commentaires sur le fait que l'accusé n'a pas témoigné.

À mon sens, en ce qui concerne le point litigieux en l'espèce, la *Charte canadienne des droits et libertés* donne à chaque citoyen le droit à un procès équitable. Elle ne lui garantit pas que chaque règle qui régit le procès, prise individuellement, sera juste à son égard. Mais elle lui garantit cependant que toute règle individuelle qui est si injuste qu'elle entraînera un procès inéquitable sera abrogée.

Les commentaires du juge Potts dans l'arrêt *R. c. Ross*, précité, expriment un point de vue semblable, à la p. 86:

[TRADUCTION] Lorsque l'on étudie l'ensemble du processus de sélection du jury, il devient évident que les actes que l'on qualifie d'injustes se trouvent à la fin d'un processus plutôt long conçu pour garantir un jury indépendant et impartial choisi au hasard. Peut-on considérer que la faculté qu'a le ministère public de demander la mise à l'écart d'un candidat juré vicie le processus tout entier? J'avance avec égards qu'il n'en est rien. Au mieux, la sélection du jury faite par les avocats dans la

chosen in a neutral fashion. Does an individual, chosen at random, who has survived the scrutiny of the accused assume a pro-Crown bias merely because he is not asked by the Crown to stand aside? Does a jury composed of such individuals become something less than "independent and impartial"? Alternatively, does an individual who is initially asked to stand aside but later recalled assume a pro-accused bias merely because he had first been asked to stand aside? I would respectfully submit that the individual biases of any potential juror are left unaffected by the Crown's request to stand aside or not.

With respect this reasoning fails to recognize that the relative roles of the accused and the Crown in selecting the jury are not comparable to other procedures within the trial process. The jury must be, and must be seen to be, impartial. When the Crown enjoys a tactical advantage, as occurs because of the stand asides, the accused's role in selecting his or her jury is diminished.

The peremptory challenge is not, itself, under attack. It may be used under partisan considerations, and so long as the right of exercise is proportionate neither the crown nor the accused can be said to have an unconstitutional advantage.

I now turn to what I take to be the main theses of the Crown's position.

Firstly the jury should be, and should be seen as, impartial, representative and competent. While Canadian law has not adopted a theory of representativeness, I accept that proposition. Then it is acknowledged that both parties are granted a limited opportunity to affect jury selection, having regard to these characteristics. It is acknowledged that the crown is given a greater opportunity to affect the selection.

This asymmetry is justified on the basis that the Crown has a greater interest than the accused. I fail to see why the accused does not have the same interest in these factors that the Crown possesses. I

salle d'audience résulte du flair professionnel à l'œuvre sur un groupe d'étrangers soigneusement choisis de façon neutre. La personne choisie au hasard qui n'a pas été récusée par l'accusé acquiert-elle un préjugé favorable au ministère public du simple fait que celui-ci ne lui a pas demandé de se tenir à l'écart? Le jury composé de telles personnes devient-il moins qu'«indépendant et impartial»? D'autre part, la personne à qui l'on a tout d'abord demandé de se tenir à l'écart et qui est rappelée par la suite devient-elle sympathique à l'accusé simplement parce qu'on l'avait d'abord mise à l'écart? J'estime que les préjugés particuliers des candidats jurés n'ont rien à voir avec le fait que le ministère public leur demande ou non de se tenir à l'écart.

Avec égards, ce raisonnement ne tient pas compte du fait que les rôles respectifs de l'accusé et du ministère public dans la sélection du jury ne sont pas comparables aux autres formalités propres au procès. Le jury doit être impartial et être perçu comme tel. Lorsque la Couronne jouit d'un avantage tactique, comme c'est le cas en raison des mises à l'écart, le rôle de l'accusé dans le choix de son jury en est diminué.

La récusation péremptoire n'est pas contestée en soi. Elle peut résulter de considérations partisanses, mais pourvu que son droit d'exercice soit proportionnel, on ne peut dire que soit le ministère public soit l'accusé a un avantage inconstitutionnel.

J'en viens maintenant à ce que j'estime être les arguments principaux du ministère public.

Tout d'abord, le jury devrait être—et être perçu comme étant—impartial, représentatif et compétent. Bien que le droit canadien n'ait pas adopté de théorie de la représentativité, j'admets cette proposition. Ensuite, il est reconnu que les deux parties ont la possibilité limitée de participer à la sélection du jury en ce qui concerne les caractéristiques susmentionnées. Il est également reconnu que le ministère public jouit d'une plus grande latitude dans cette sélection.

On justifie cette asymétrie au motif que le ministère public a un plus grand intérêt en la matière que l'accusé. Je ne vois pas pourquoi l'intérêt de l'accusé relativement à ces caractéristiques

see no inherent justification for giving the litigants different roles in selecting their jury.

Much is made of the quasi-judicial role of the prosecutor. Jury picking would be contrary to this duty. But unlike the case in *Lippé* there are no effective safeguards in place to ensure that the decisions are all made only in the interest of the fair trial rather than in securing a conviction. The Crown does not need to disclose its reasons for standing by or exercising peremptory challenges.

It suggests that it has no adversary interest in jury selection process. I cannot accept that proposition as commending itself to anyone observing the trial process.

The apprehension of bias lies in the fact that the Crown has had a greater opportunity to choose jurors to its liking, free to do so under partisan considerations. We are not here concerned about any mere trial rule, but rather the rules governing the selection of the tribunal. The existence of the jurors' oath here is no greater protection than it is in the case of a disqualified member of an administrative tribunal.

This perception will arise in the majority of jury cases if equality is not applied from the beginning. Given the absence of any need to justify its powers, the Crown cannot be shown as having taken a partisan advantage on any case by case basis.

That every accused receive a fair trial in front of an impartial and independent jury is an essential element of the fairness of the trial which s. 11(d) of the *Charter* guarantees. In *R. v. Barrow*, [1987] 2 S.C.R. 694, Chief Justice Dickson, commented on the accused's right to be present during all stages of his or her jury trial. He stated at p. 710:

ne serait pas égal à celui du ministère public. Je ne vois aucune justification inhérente à donner aux plaideurs des rôles différents dans la sélection de leur jury.

a

On attache beaucoup d'importance au rôle quasi judiciaire du poursuivant. La sélection intéressée du jury serait incompatible avec cette fonction. Mais, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Lippé*, il n'existe aucune garantie efficace que les décisions ont toutes pour seul objet l'équité du procès plutôt que l'obtention d'une déclaration de culpabilité. Le ministère public n'a pas à révéler les motifs de ses mises à l'écart ni de ses récusations péremptoires.

c

Il laisse entendre qu'il n'agit pas avec parti pris dans le processus de sélection du jury. Je ne saurais accepter que quiconque observe le déroulement d'un procès conviendrait de cette prétention.

d

La crainte de partialité tient au fait que le ministère public a eu davantage la possibilité de choisir les jurés qui lui conviennent, libre de le faire en obéissant à des considérations partisans. Il ne s'agit pas ici d'une simple règle applicable aux procès, mais plutôt des règles régissant la sélection du tribunal. L'existence du serment prêté, par les jurés n'offre pas ici davantage de protection que dans le cas du membre d'un tribunal administratif déclaré inhabile à y siéger.

f

g

Cette impression existera dans la majorité des procès par jury si le principe de l'égalité n'est pas appliqué dès le début. Vu l'absence de toute obligation de justifier l'exercice de ses pouvoirs, on ne pourra établir au cas par cas que le ministère public a fait preuve de parti pris.

h

Il est essentiel à l'équité du procès garantie à l'al. 11b) de la *Charte* que chaque accusé reçoive un procès équitable devant un jury impartial et indépendant. Dans l'arrêt *R. c. Barrow*, [1987] 2 R.C.S. 694, le juge en chef Dickson a fait des commentaires sur le droit de l'accusé d'être présent à toutes les étapes de son procès. Il a dit, à la p. 710:

i

j

The selection of an impartial jury is crucial to a fair trial. The *Criminal Code* recognizes the importance of the selection process and sets out a detailed procedure to be followed . . . Both the Crown and the accused participate in the process, with the right to challenge for cause or peremptorily and, in the case of the Crown, to stand aside potential jurors . . . The challenge for cause involves trial of the impartiality of potential jurors, with examination by either side. The accused, the Crown, and the public at large all have the right to be sure that the jury is impartial and the trial fair; on this depends public confidence in the administration of justice. Because of the fundamental importance of the selection of the jury and because the *Code* gives the accused the right to participate in the process, the jury selection should be considered part of the trial for the purposes of s. 577(1) [now s. 650].

Later, he noted at pp. 714-15:

. . . the most important aspect of the case, namely, the appearance of justice. Even if the two-stage analysis of the empanelling process is a legally accurate description of the interplay of the *Criminal Code* and the Nova Scotia *Juries Act*, it leaves out of account the effect of the proceedings in this case as they would appear to the average citizen: . . .

What of the public perception? This is a case where the public perception of the fairness of the proceedings is crucial.

The reasoning revealed in *Piraino* and *Ross* that has found s. 563 (now s. 634) valid was partially premised on the need of proof of real or actual partiality of juries. With respect, that rationale is erroneous. What s. 11(d) of the *Charter* requires is that there be, at minimum, a reasonable apprehension that juries generated by the selection process are impartial. Allowing the accused to have a manifest role in that process confirms that the appearance of fairness and impartiality is maintained. But when the *Criminal Code* allows the Crown to have such substantial advantage in the ability to shape and fashion the jury, that perception is severely impaired. This violates the test for s. 11(d).

La formation d'un jury impartial est cruciale pour qu'il y ait procès équitable. Le *Code criminel* reconnaît l'importance du processus de sélection et il énonce une procédure détaillée à suivre [. . .] Le ministère public et l'accusé y participent, avec droit de demander la récusation motivée ou péremptoire et, dans le cas du ministère public, de mettre à l'écart des jurés éventuels [. . .] La récusation motivée comporte une vérification de l'impartialité des jurés éventuels, avec interrogatoire par l'une et l'autre partie. L'accusé, le ministère public et le public en général ont le droit d'être certains que le jury est impartial et que le procès est équitable; la confiance du public dans l'administration de la justice en dépend. Vu l'importance fondamentale de la sélection du jury et vu aussi que le *Code* confère à l'accusé le droit de participer à ce processus, la sélection du jury devrait être considérée comme une partie intégrante du procès pour les fins du par. 577(1) [aujourd'hui l'art. 650].

Plus loin, il a remarqué, aux pp. 714 et 715:

. . . l'aspect le plus important de l'affaire, savoir non seulement que justice soit rendue, mais qu'elle paraisse l'être. Bien que l'analyse de la formation du jury en deux étapes s'avère une description légalement exacte de l'interaction entre le *Code criminel* et la *Juries Act* de la Nouvelle-Écosse, elle ne tient pas compte de l'impression que la procédure suivie en l'espèce pourrait créer chez le citoyen moyen: . . .

Et que penser de l'impression créée chez le public? Il s'agit d'un cas où l'impression chez le public que la procédure est équitable est cruciale.

Le raisonnement suivi dans les arrêts *Piraino* et *Ross* selon lequel l'art. 563 (maintenant art. 634) était constitutionnel reposait en partie sur l'obligation de prouver la partialité réelle ou concrète des jurés. Avec égards, ce raisonnement est faux. L'al. 11d) de la *Charte*, exige en fait que l'on ait pour le moins l'impression raisonnable que les jurys résultant du processus de sélection sont impartiaux. Le rôle manifeste accordé à l'accusé dans ce processus vient préserver l'impression d'équité et d'impartialité. Mais lorsque le *Code criminel* accorde au ministère public un avantage aussi considérable dans la constitution et la composition du jury, cette impression s'en trouve sérieusement ébranlée, et le critère relatif à l'al. 11d) n'est pas respecté.

2. Section 1 of the Charter

Only one party, the intervener the Attorney General of Canada, presented any argument on s. 1. Its submission on this point relied on the arguments it presented on the s. 11(d) violation issue. The Crown (Ontario) sought a declaration that s. 563 (now s. 634) does not violate s. 11(d) of the *Charter* or, in the alternative, that it is justified by s. 1 of the *Charter*. No written or oral argument, however, was presented on this point.

In my view, the violation in this case would be difficult to justify given the nature and scope of that violation, but I need not answer that question. It is a trite statement of the law to say that the Crown has the burden of establishing that a breach of the *Charter* is demonstrably justified in a free and democratic society. Neither the respondent nor the intervener identified any pressing concern which would justify a limitation. The burden remains unsatisfied. Therefore I find the infringement of s. 11(d) of the *Charter* by s. 563 (now s. 634) is not a reasonable limit.

I want to emphasize that I do not intend this finding to be an indication of whether or how a violation of the accused's right to be tried in front of an impartial and independent tribunal could be justified under s. 1 of the *Charter*. That question is left for another day.

3. Admissibility of the Statements

The third issue is whether the certain statements allegedly made by the appellant to the investigating officers are admissible. At trial, Kent Dist. Ct. J. excluded any statement made by the appellant after the lawyer retained by his father spoke to McIntyre on the telephone. Any statements made before that time were admitted. Because of its view on other issues, the Court of Appeal held that a new trial was necessary. It also stated it was open to the new trial judge to take a different view of the evidence but in its opinion the trial judge, based on his findings, was in error in excluding the state-

2. L'article premier de la Charte

Une seule partie, le procureur général du Canada intervenant, a présenté une plaidoirie relativement à l'article premier. Ses observations sur ce point reposaient sur les arguments qu'il a fait valoir à l'égard de la violation de l'al. 11d). Le ministère public (l'Ontario) a demandé un jugement déclaratoire portant que l'art. 563 (maintenant art. 634) ne viole pas l'al. 11d) de la *Charte* ou, subsidiairement, qu'il est justifié en vertu de l'article premier. Cependant, on n'a présenté sur ce point ni argumentation écrite ni plaidoirie.

À mon sens, la violation en l'espèce serait difficile à justifier étant donné sa nature et son étendue, mais je n'ai pas à répondre à cette question. Il est bien établi en droit que le ministère public est tenu de prouver que la justification d'une violation de la *Charte* peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ni l'intimée ni l'intervenant n'ont excipé d'une préoccupation urgente qui justifierait une limitation. On n'a pas satisfait au fardeau de la preuve. Je conclus donc que la violation de l'al. 11d) de la *Charte* par l'art. 563 (maintenant art. 634) ne constitue pas une limite raisonnable.

Je tiens à souligner que je n'entends pas, par cette conclusion, indiquer si—ou de quelle façon—la violation du droit de l'accusé d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant pourrait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cette question sera réglée une autre fois.

3. L'admissibilité des déclarations

La troisième question vise l'admissibilité de certaines déclarations qu'aurait faites l'appelant aux agents enquêteurs. Au procès, le juge Kent a écarté toute déclaration faite à McIntyre par l'appelant après l'appel téléphonique de l'avocat retenu par son père. Les déclarations antérieures à cet appel ont été admises. Étant donné ses vues sur d'autres questions, la Cour d'appel a statué qu'un nouveau procès s'imposait. Elle a dit également qu'il était loisible au nouveau juge du procès d'avoir une opinion différente à l'égard de la preuve, mais à son avis le juge du procès, compte tenu de ses conclu-

ments taken after the lawyer called the police station.

In the Court of Appeal, the appellant apparently argued that the trial judge's ruling was correct because, once the lawyer had been retained, any questioning should have ceased. At this Court, however, the appellant took a different view of this issue. He now argues that his right to retain and instruct counsel was violated at the point of arrest. In his submission, the police violated his s. 10(b) rights once they required him to leave his home before a lawyer had been contacted and therefore all the statements are inadmissible.

In my view, the trial judge was correct about the exclusion of the statements. I am mindful that once an accused is informed of his or her right to counsel (as was found to be the case in this appeal) the accused has the onus of showing he was denied the opportunity to contact counsel. As this Court held in *R. v. Baig*, [1987] 2 S.C.R. 537, at p. 540:

We agree with Tarnopolsky J.A. in *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), wherein he said, at p. 431:

... I am of the view that, absent proof of circumstances indicating that the accused did not understand his right to retain counsel when he was informed of it, the onus has to be on him to prove that he asked for the right but it was denied or he was denied any opportunity to even ask for it. No such evidence was put forth in this case.

In the present case, the accused did not put forward, nor does the record reveal, any evidence suggesting that he was denied an opportunity to ask for counsel before the inquiry at the police station. Absent such circumstances, as that referred to by Tarnopolsky J.A., once the police have complied with s. 10(b), by advising the accused without delay of his right to counsel, there are no correlative duties triggered and cast upon them until

sions, avait eu tort d'écarter les déclarations prises après l'appel de l'avocat au poste de police.

Devant la Cour d'appel, l'appelant a apparemment soutenu que la décision du juge du procès était bien fondée parce que dès lors que les services d'un avocat avaient été retenus, tout interrogatoire aurait dû cesser. Devant notre Cour toutefois, l'appelant a adopté un point de vue différent sur la question. Il affirme maintenant que son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat a été violé au lieu de son arrestation. Selon lui, les policiers ont violé les droits que lui confère l'al. 10b) dès qu'ils lui ont demandé de quitter sa résidence avant qu'un avocat n'ait été rejoint, et par conséquent toutes ses déclarations sont inadmissibles.

À mon sens, le juge du procès avait raison à l'égard de l'exclusion des déclarations. Je tiens compte du fait qu'une fois avisé de son droit à l'assistance d'un avocat (et on a conclu qu'il l'avait été en l'espèce), l'accusé a l'obligation de démontrer qu'il a été privé de la possibilité d'entrer en contact avec un avocat. Comme notre Cour a conclu dans l'arrêt *R. c. Baig*, [1987] 2 R.C.S. 537, à la p. 540:

Nous sommes d'accord avec ce qu'a dit le juge Tarnopolsky dans l'arrêt *R. v. Anderson* (1984), 10 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 431:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que, en l'absence d'éléments de preuve indiquant que l'accusé n'a pas compris qu'il avait le droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat lorsqu'il en a été informé, il lui incombe de démontrer qu'il a demandé à exercer ce droit mais qu'on le lui a refusé ou qu'on lui a même refusé la possibilité de le demander. Aucun élément de preuve à cet effet n'a été présenté en l'espèce.

En l'espèce, l'accusé n'a fait valoir—et le dossier ne révèle—aucun élément de preuve laissant croire qu'on lui a refusé la possibilité de réclamer un avocat avant l'interrogatoire qui a eu lieu au poste de police. En l'absence de ces éléments de preuve, auxquels a fait allusion le juge Tarnopolsky, dès lors que la police s'est conformée à l'al. 10b) en informant aussitôt l'accusé de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un

the accused, if he so chooses, has indicated his desire to exercise his right to counsel.

The trial judge referred, at p. 78, to the “peculiar and special circumstances of this case . . .” The Court of Appeal found error in fixing the police with the responsibility of doing more than answering literally the appellant’s question whether his father had called. That question had to be addressed in the context of the evidence. Given the circumstances, a literal response was misleading, because the obvious intent of that inquiry was to further the objective of communicating with counsel. It was tantamount to an assertion by the appellant that he wanted counsel, and in those circumstances, the answer was an evasion which the officers used to continue the questioning in the face of that assertion. The trial judge had the advantage of assessing that inquiry and response in the particular circumstances and did not err in law in excluding the subsequent statements. On the assumption that first statement was properly admitted, (an interesting, but as I am about to show, hypothetical, question), and the right to counsel waived for that purpose, then the trial court correctly found reassertion of any rights that had been given up in the course of giving the first statement.

The appellant did urge that his right to retain and instruct counsel was denied at the point of arrest because police officers directed him to leave before a lawyer was contacted. I do not pass upon this argument because the accused was acquitted notwithstanding the admission of the statement. The ruling, so far as he is concerned, is now academic, indeed moot.

Remedy

For reasons discussed above, I find the portion of s. 563(1) (now s. 634(1)) and all of s. 563(2) (now s. 634(2)) which combined grant the Crown

avocat, aucune autre obligation corrélative n’existe ni ne lui est imposée jusqu’à ce que l’accusé, le cas échéant, ait exprimé le souhait d’exercer son droit à l’assistance d’un avocat.

a

Le juge du procès a mentionné, à la p. 78, les [TRADUCTION] «circonstances particulières et spéciales de cette affaire . . .» La Cour d’appel a conclu que l’on avait à tort attribué à la police la responsabilité de faire plus que de répondre littéralement à la question de l’appelant quand il a demandé si son père avait téléphoné. Cette question devait être traitée dans le contexte de la preuve. Étant donné les circonstances, une réponse littérale était trompeuse, car la question témoignait évidemment du souci de l’appelant de communiquer avec un avocat. Elle équivalait à l’expression de sa volonté de recourir à un avocat et, dans ces circonstances, la réponse était une dérobade dont les policiers ont usé pour poursuivre l’interrogatoire en dépit de l’affirmation de l’appelant. Le juge du procès a eu l’avantage d’apprécier la question et la réponse dans les circonstances particulières en cause, et il n’a pas commis d’erreur de droit en excluant les déclarations subséquentes. En supposant que cette première déclaration ait été régulièrement reçue (une question intéressante mais, comme je vais le démontrer, hypothétique) et qu’il y ait eu renonciation au droit à l’assistance d’un avocat à cette égard, le tribunal a correctement statué qu’il y avait réaffirmation de tout droit auquel l’appelant avait renoncé en faisant sa première déclaration.

g

L’appelant a effectivement soutenu que son droit d’avoir recours à l’assistance d’un avocat a été violé au lieu de son arrestation parce que les policiers lui ont ordonné de les suivre avant qu’un avocat ait été rejoint. Je ne me prononce pas sur cet argument parce que l’accusé a été acquitté en dépit de l’utilisation de la déclaration. La décision, en ce qui le concerne, est maintenant théorique et même sans aucun intérêt pratique.

i

Redressement

Pour les motifs mentionnés plus haut, je conclus que la partie du par. 563(1) (maintenant par. 634(1)) et la totalité du par. 563(2) (mainte-

48 stand bys to infringe s. 11(d) of the *Charter*. The Crown's power to peremptorily challenge jurors is preserved. Since none of the parties presented arguments on the validity of s. 563(3) (now s. 634(3)), I refrain from commenting on the constitutionality of that section.

Basically the impugned provisions offend the *Charter* because they impair the fairness of the trial by producing, to an informed observer, a reasonable apprehension of partiality.

Disposition

The portion of s. 563(1) (now s. 634(1)) and all of s. 563(2) (now s. 634(2)) of the *Criminal Code* which confer upon the Crown 48 stand bys is inoperative and of no force because it offends s. 11(d) of the *Charter* and is not a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. In addition, the trial judge was correct in his ruling on the admissibility of the appellant's statements. The appeal is therefore allowed, the Court of Appeal's direction for a new trial is set aside and the appellant's acquittal restored.

I would permit Parliament six months in which to provide new legislation, otherwise the *Code* provisions will be invalidated to the extent that they permit the impugned inequality. This decision would, however, apply to any case in which the provision had been challenged and proceedings relating thereto are still on foot.

The constitutional questions are answered as follows:

1. Are ss. 633 and 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and 563] inconsistent with ss. 7, 11(d) or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

nant par. 634(2)) qui accordent au ministère public 48 mises à l'écart enfreignent l'al. 11d) de la *Charte*. Le droit du ministère public de récuser péremptoirement les jurés est maintenu. Puisqu'aucune des parties n'a présenté de moyens relativement à la constitutionnalité du par. 563(3) (maintenant par. 634(3)), je ne me prononcerai pas sur la constitutionnalité de ce paragraphe.

Essentiellement, les dispositions contestées sont incompatibles avec la *Charte* parce qu'elles nuisent à l'équité du procès en suscitant, dans l'esprit de l'observateur bien renseigné, une crainte raisonnable de partialité.

Dispositif

La partie du par. 563(1) (maintenant par. 634(1)) et la totalité du par. 563(2) (maintenant par. 634(2)) du *Code criminel* qui confèrent au ministère public 48 mises à l'écart sont inopérantes parce qu'elles sont incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte* et qu'elles ne constituent pas une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. De plus, la conclusion du juge du procès sur la recevabilité des déclarations de l'appelant était bien fondée. L'appel est par conséquent accueilli, la directive de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès est annulée et l'acquittal de l'accusé est rétabli.

J'accorderais six mois au Parlement pour rédiger de nouvelles mesures législatives, sans quoi les dispositions du *Code* seront invalidées dans la mesure où elles permettent l'inégalité contestée. Cette décision devrait s'appliquer, toutefois, à toute affaire dans laquelle la disposition en cause a été contestée et dont les procédures sont encore en cours.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses qui suivent:

1. Les articles 633 et 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 et 563], sont-ils incompatibles avec l'art. 7, l'al. 11d) ou l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

- A. Sections 634(1) and (2) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 563(1) and (2)) are inconsistent with s. 11(d) in so far as they provides the crown with a combination of peremptory challenges and stand bys in excess of the number of peremptory challenges permitted to an accused. It is unnecessary to consider whether this provision violates s. 7. The allegation of a violation of s. 15 was withdrawn. Sections 633 and 634(3) (formerly ss. 562 and 563(3)) were not challenged.
2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 633 and/or 634 [formerly R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562 and/or 563] justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?
- A. The violation is not justified under s. 1.
- R. Les paragraphes 634(1) et (2) (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 563(1) et (2)) sont incompatibles avec l'al. 11d) dans la mesure où ils confèrent au ministère public une combinaison de récusations péremptoires et de mises à l'écart supérieures au nombre de récusations péremptoires accordées à l'accusé. Il n'est pas nécessaire de chercher à savoir si cette disposition viole l'art. 7. La prétention selon laquelle il y a violation de l'art. 15 a été retirée. L'article 633 et le par. 634(3) (auparavant art. 562 et par. 563(3)) n'ont pas été contestés.
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 633 ou l'art. 634 [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562 ou 563], ou les deux à la fois, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?
- R. La violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Appeal allowed, GONTHIER, MCLACHLIN and IACOBUCCI JJ. dissenting; s. 563(1) and (2) (now s. 634(1) and (2)) were inconsistent with s. 11(d) of the Charter and this violation was not justified under s. 1.

Solicitors for the appellant: Rosen, Fleming, Toronto.

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

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

Pourvoi accueilli, les juges GONTHIER, MCLACHLIN et IACOBUCCI sont dissidents; les par. 563(1) et (2) (maintenant les par. 634(1) et (2)) sont incompatibles avec l'al. 11d) de la Charte et cette violation n'est pas justifiée en vertu de l'article premier.

Procureurs de l'appelant: Rosen, Fleming, Toronto.

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

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

Donald Hector Lohnes *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LOHNES

File No.: 22278.

1991: November 1; 1992: January 23.

Present: L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Disorderly conduct — Causing disturbance — Accused shouting obscenities at neighbour — Meaning of “disturbance” — Whether accused caused a disturbance in public place — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 175(1)(a)(i).

The accused was charged with causing a disturbance by using insulting or obscene language contrary to s. 175(1)(a)(i) of the *Criminal Code*. On two occasions, he went onto the veranda of his house and shouted obscenities at his neighbour across the street. The neighbour filed a complaint and testified for the Crown. No evidence was adduced indicating that anyone else heard the accused's statements or that the neighbour's conduct was affected by them. The trial judge convicted the accused on the ground that his conduct in itself constituted a disturbance within s. 175(1)(a). He found as well that the neighbour was “disturbed” by the accused's conduct. The summary conviction appeal court affirmed the convictions and the Court of Appeal refused leave to appeal from that decision. The only issue before this Court is whether the evidence establishes that the accused's use of insulting and obscene language caused a “disturbance” in or near a public place.

Held: The appeal should be allowed. The convictions should be quashed and acquittals entered in their place.

The weight of the authorities, the principles of statutory construction and policy considerations, taken together, lead to the conclusion that the “disturbance” contemplated by s. 175(1)(a) is something more than mere emotional upset or annoyance. Before an offence can arise under that section, the enumerated conduct

Donald Hector Lohnes *Appellant*

c.

^a Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. LOHNES

N^o du greffe: 22278.

^b 1991: 1^{er} novembre; 1992: 23 janvier.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

^c EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

Droit criminel — Inconduite — Faire du tapage — L'accusé a crié des obscénités à un voisin — Sens de «tapage» — L'accusé a-t-il fait du tapage dans un endroit public? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 175(1)(a)(i).

L'accusé a été inculpé d'avoir fait du tapage en employant un langage insultant ou obscène, contrairement au sous-al. 175(1)(a)(i) du *Code criminel*. À deux reprises, il a crié des obscénités à son voisin d'en face, à partir de la galerie de sa maison. Le voisin a porté plainte et a témoigné pour le ministère public. On n'a présenté aucun élément de preuve indiquant qu'une autre personne avait entendu les propos de l'accusé ou qu'ils avaient influé sur la conduite du voisin. Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable pour le motif que sa conduite constituait en soi du tapage au sens de l'al. 175(1)(a). Il a également conclu que la conduite de l'accusé avait «dérangé» le voisin. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a confirmé les déclarations de culpabilité et la Cour d'appel a refusé l'autorisation d'interjeter appel de cette décision. La seule question qui se pose devant notre Cour est de savoir si la preuve démontre que l'utilisation par l'accusé d'un langage insultant et obscène a causé du «tapage» dans un endroit public ou près d'un tel endroit.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Les déclarations de culpabilité sont annulées et remplacées par des acquittements.

Le poids de la jurisprudence, les principes d'interprétation législative et des considérations de principe amènent à conclure que le «tapage» (*disturbance*) visé à l'al. 175(1)(a) représente plus qu'un simple trouble émotif ou une simple contrariété. Pour qu'il puisse y avoir infraction aux termes de cette disposition, la conduite

must cause an externally manifested disturbance of the public peace, in the sense of an interference with the ordinary and customary use by the public of the place in question. The interference may be minor but it must be present. It may be proven by direct evidence or be inferred from the evidence of a police officer as to the conduct of a person or persons under s. 175(2). The disturbance may consist of the impugned act itself or it may flow as a consequence of the impugned act. Finally, in accordance with the principle of legality, the disturbance must be one which may reasonably have been foreseen in the particular circumstances of time and place.

In the case at bar, there was no evidence of a disturbance of the use of the premises in question by anyone. The trial judge applied a mental disturbance test, convicting on the basis that an "ordinary reasonable individual would be disturbed by language of that nature being shouted in a public area". There was no finding that the conduct of the neighbour or anyone else was affected or disturbed by the language. In the absence of such findings, the convictions cannot stand.

Cases Cited

Considered: *R. v. C.D.* (1973), 13 C.C.C. (2d) 206; *R. v. Swinimer* (1978), 40 C.C.C. (2d) 432; *R. v. Peters* (1982), 65 C.C.C. (2d) 83; *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R.106; referred to: *R. v. Wolgram* (1975), 29 C.C.C. (2d) 536; *R. v. Chikoski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 38; *R. v. Eyre* (1972), 10 C.C.C. (2d) 236.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Vagrants, S.C. 1869, c. 28.
Act to amend the Criminal Code, S.C. 1947, c. 55, s. 3.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, Part V.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 175.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 160.
Public Order Act 1986 (U.K.), 1986, c. 64.

Authors Cited

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, "tapage".

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1990), 100 N.S.R. (2d) 268, 272 A.P.R. 268, dismissing an application for leave to appeal from a judgment

énumérée doit causer une perturbation manifestée extérieurement de la paix publique au sens d'une entrave à l'utilisation ordinaire et habituelle de l'endroit en question par le public. L'entrave peut être mineure, mais elle doit avoir lieu. Il peut y avoir preuve directe d'une telle entrave ou on peut en déduire l'existence de la preuve apportée par un agent de police sur le comportement d'une personne aux termes du par. 175(2). Le tapage peut consister en l'acte reproché lui-même ou il peut constituer une conséquence de l'acte reproché. Enfin, conformément au principe de la légalité, le désordre doit avoir été raisonnablement prévisible dans les circonstances particulières du moment et du lieu.

En l'espèce, personne n'a présenté de preuve de l'existence d'une perturbation de l'utilisation des lieux en question. Le juge du procès a appliqué le critère du trouble de la tranquillité mentale et a prononcé des déclarations de culpabilité fondées sur le fait qu'une «personne raisonnable ordinaire serait dérangée par un langage de cette nature qui serait crié dans un endroit public». On n'a pas conclu que la conduite du voisin ou de quelque autre personne a été touchée ou dérangée par le langage utilisé. En l'absence de telles conclusions, les déclarations de culpabilité ne sauraient être maintenues.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. C.D.* (1973), 13 C.C.C. (2d) 206; *R. c. Swinimer* (1978), 40 C.C.C. (2d) 432; *R. c. Peters* (1982), 65 C.C.C. (2d) 83; *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wolgram* (1975), 29 C.C.C. (2d) 536; *R. c. Chikoski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 38; *R. c. Eyre* (1972), 10 C.C.C. (2d) 236.

Lois et règlements cités

Acte relatif aux Vagabonds, S.C. 1869, ch. 28.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 175.
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 160.
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, partie V.
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1947, ch. 55, art. 3.
Public Order Act 1986 (R.-U.), 1986, ch. 64.

Doctrines citées

Petit Robert I. Paris: Le Robert, 1990, «tapage».

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1990), 100 N.S.R. (2d) 268, 272 A.P.R. 268, qui a rejeté une demande d'autorisation d'interjeter appel d'un

of a summary conviction appeal court, which dismissed the accused's appeal from his convictions on charges of causing a disturbance contrary to s. 175(1)(a) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Del Atwood, for the appellant.

Denise C. Smith and *Dana W. Giovannetti*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCLACHLIN J.—This case requires this Court for the first time to consider what constitutes a public disturbance under s. 175(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which makes it an offence to cause a disturbance in or near a public place by, *inter alia*, fighting, screaming, shouting, swearing, singing or using insulting or obscene language. Shouting or swearing or singing are not in themselves criminal offences. They become criminal only when they cause a disturbance in or near a public place. What constitutes such a disturbance? For example, does mere annoyance or emotional disturbance of the complainant suffice? Or is something more required?

The Facts

The case began as a disagreement between two neighbours in the town of Milton, Nova Scotia. The appellant, Donald Lohnes, lived across the street from a certain Mr. Porter. Mr. Porter, it seems, was given to collecting equipment on his premises and running motors which made loud noises. This disturbed Mr. Lohnes. It disturbed him so much that on two occasions a year apart he went onto the veranda of his house and shouted obscenities at Mr. Porter. The essence of Mr. Lohnes' remarks was that he did not want Mr. Porter "to run that chain saw or that lawn mower or to leave that or have that God-damned junk heap". This was embellished by a string of epithets revealing

jugement d'une cour d'appel en matière de poursuites sommaires, qui avait rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre ses déclarations de culpabilité relativement à des accusations d'avoir fait du tapage contrairement à l'al. 175(1)a) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Del Atwood, pour l'appelant.

Denise C. Smith et *Dana W. Giovannetti*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Dans cette affaire, notre Cour est, pour la première fois, appelée à examiner ce qui constitue le tapage dans un endroit public aux termes de l'al. 175(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui rend coupable d'une infraction quiconque fait du tapage dans un endroit public ou près d'un tel endroit, notamment en se battant, en criant, vociférant, jurant, chantant ou employant un langage insultant ou obscène. Le fait de vociférer, jurer ou chanter ne constitue pas en soi une infraction criminelle. Ces actes ne deviennent criminels que lorsqu'ils causent du tapage dans un endroit public ou près d'un tel endroit. Qu'est-ce qui constitue pareil tapage? Par exemple, la simple contrariété ou le simple trouble émotif du plaignant suffit-il? Ou doit-il y avoir quelque chose de plus?

Les faits

L'affaire a commencé par un différend entre deux voisins dans la ville de Milton en Nouvelle-Écosse. L'appelant, Donald Lohnes, habitait en face d'un certain M. Porter qui, semble-t-il, rassemblait du matériel sur sa propriété et faisait tourner des moteurs très bruyants. Cette situation dérangeait M. Lohnes. À tel point qu'à deux reprises, à un an d'intervalle, il a crié à partir de la galerie de sa maison des obscénités à M. Porter. Essentiellement, les remarques de M. Lohnes portaient sur le fait qu'il ne voulait pas que M. Porter [TRA-DUCTION] «fasse fonctionner cette scie à chaîne ou cette tondeuse à gazon ou qu'il continue d'accumuler ce satané tas de ferraille». Cela était accom-

an impressive command of the obscene vernacular. On the second occasion Mr. Lohnes concluded his oration with the assertion that he would shoot Mr. Porter if he had a gun.

Mr. Porter filed a complaint. He was the only Crown witness. There was no evidence that anyone else heard Mr. Lohnes' statements or that Mr. Porter's conduct was affected by them.

Mr. Lohnes was convicted on the ground that his conduct in itself constituted a disturbance within s. 175(1)(a) of the *Criminal Code*; the trial judge found, as well, that Mr. Porter was "disturbed" by the impugned conduct. The convictions were upheld by the summary conviction appeal court. The Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division refused leave from that decision: (1990), 100 N.S.R. (2d) 268, 272 A.P.R. 268. He now appeals to this Court.

Legislation

Section 175 of the *Criminal Code*, states:

175. (1) Every one who

(a) not being in a dwelling-house, causes a disturbance in or near a public place,

(i) by fighting, screaming, shouting, swearing, singing or using insulting or obscene language,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(2) In the absence of other evidence, or by way of corroboration of other evidence, a summary conviction court may infer from the evidence of a peace officer relating to the conduct of a person or persons, whether ascertained or not, that a disturbance described in paragraph (1)(a) or (d) was caused or occurred.

pagné d'une série de qualificatifs qui dénotaient une maîtrise impressionnante du langage obscène. La deuxième fois, M. Lohnes a terminé son invective en disant qu'il ferait feu sur M. Porter s'il avait une arme.

Monsieur Porter a porté plainte. Il était le seul témoin à charge. Il n'y avait aucune preuve qu'une autre personne avait entendu les propos de M. Lohnes ou qu'ils avaient influé sur la conduite de M. Porter.

Monsieur Lohnes a été déclaré coupable pour le motif que sa conduite constituait en soi du tapage au sens de l'al. 175(1)a) du *Code criminel*; le juge du procès a aussi conclu que la conduite reprochée avait «dérangé» M. Porter. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a confirmé les déclarations de culpabilité. La Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a refusé l'autorisation d'interjeter appel de cette décision: (1990), 100 N.S.R. (2d) 268, 272 A.P.R. 268. Il se pourvoit maintenant devant notre Cour.

La disposition législative applicable

Voici le texte de l'art. 175 du *Code criminel*:

175. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire qui-conque, selon le cas:

a) n'étant pas dans une maison d'habitation, fait du tapage dans un endroit public ou près d'un tel endroit:

(i) soit en se battant, en criant, vociférant, jurant, chantant ou employant un langage insultant ou obscène,

(2) À défaut d'autre preuve, ou sous forme de corroboration d'une autre preuve, la cour des poursuites sommaires peut déduire de la preuve apportée par un agent de la paix sur le comportement d'une personne, même indéterminée, la survenance d'un désordre visé aux alinéas (1)a) ou d).

Analysis

Section 175(1)(a) creates a two-element offence consisting of: (1) commission of one of the enumerated acts; which, (2) causes a disturbance in or near a public place. There is no doubt on the facts of this case that one of the enumerated acts was committed. The only question is whether the evidence establishes that it caused a disturbance in or near a public place.

The word “disturbance” encompasses a broad range of meanings. At one extreme, it may be something as innocuous as a false note or a jarring colour; something which disturbs in the sense of annoyance or disruption. At the other end of the spectrum are incidents of violence, inducing disquiet, fear and apprehension for physical safety. Between these extremes lies a vast variety of disruptive conduct. The question before us is whether all conduct within this broad spectrum elicits criminal liability under s. 175(1), and if not, where the line should be drawn.

The Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division in dismissing Mr. Lohnes’ application for leave to appeal, agreed with the finding implicit to the judgments below: all that is required to establish an offence under s. 175(1)(a) is one of the forms of prohibited conduct (fighting, screaming, shouting, swearing, singing or using insulting or obscene language) which one ought to know would disturb others. The appellant contends that this interpretation is too broad; there must be some overtly manifested disturbance of the public’s use and enjoyment of the public place where the act takes place. The main issue thus turns on how “disturbance” in s. 175(1)(a) is defined; does foreseeable emotional upset suffice, or must there be an externally manifested disturbance of a public nature? The appeal, like the judgments below, focuses upon the requisite *actus reus* of the offence, although the issue of *mens rea*, as recognized by the respondent, flows necessarily from a discussion of “disturbance”. A subsidiary issue concerns whether the act itself may constitute the

Analyse

L’alinéa 175(1)a) crée une infraction à deux volets qui est constituée par (1) l’accomplissement de l’un des actes énumérés, qui (2) cause du tapage dans un endroit public ou près d’un tel endroit. Il ressort nettement des faits de l’espèce que l’un des actes énumérés a été accomplis. La seule question qui se pose est de savoir si la preuve démontre que cet acte a causé du tapage dans un endroit public ou près d’un tel endroit.

Le terme «tapage» comporte une vaste gamme de sens. À un extrême, il peut s’agir de quelque chose d’aussi banal qu’une fausse note ou qu’une couleur qui jure, de quelque chose qui dérange au sens de contrarier ou de perturber. À l’autre extrémité de la gamme, il y a les incidents de violence qui causent à quelqu’un de l’inquiétude, de la peur et de la crainte pour la sécurité de sa personne. Entre les deux extrêmes se trouve toute une variété de conduites perturbatrices. La question qui nous est posée est de savoir si toute conduite qui s’inscrit dans ce large éventail entraîne une responsabilité criminelle aux termes du par. 175(1) et, dans la négative, où il faut tracer la ligne de démarcation.

En rejetant la demande d’autorisation d’appel de M. Lohnes, la Section d’appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a souscrit à la conclusion implicite des décisions des tribunaux d’instance inférieure: tout ce qui est nécessaire pour établir l’existence d’une infraction aux termes de l’al. 175(1)a) est l’une des formes de conduite interdite (se battre, crier, vociférer, jurer, chanter ou employer un langage insultant ou obscène) que l’on devrait savoir susceptible de déranger autrui. L’appelant soutient que cette interprétation est trop large; il doit y avoir une perturbation, manifestée ouvertement, de l’utilisation et de la jouissance par le public de l’endroit public où l’acte est accompli. La question principale porte donc sur la manière de définir le terme «tapage» à l’al. 175(1)a); un trouble émotif prévisible suffit-il ou doit-il y avoir une perturbation extérieure manifeste de nature publique? Le pourvoi, comme les décisions des tribunaux d’instance inférieure, est axé sur l’*actus reus* nécessaire de l’infraction, quoique la question de la *mens rea*, comme le reconnaît l’intimée,

disturbance, or whether a secondary disturbance is required.

The values at stake on this appeal are readily discerned. On the one hand lies the freedom of the individual to shout, sing or otherwise express himself or herself. On the other lies the collective right of every subject to peace and tranquillity. Neither right is absolute. The individual right of expression must at some point give way to the collective interest in peace and tranquillity, and the collective right in peace and tranquillity must be based on recognition that in a society where people live together some degree of disruption must be tolerated. The question is where the line is to be drawn.

I propose to consider these issues from the perspectives of the authorities, the principles of statutory construction, and the underlying policy issues. On my reading, these considerations point to the conclusion that s. 175(1)(a) of the *Criminal Code* requires an externally manifested disturbance in or near a public place, consisting either in the act itself or in a secondary disturbance.

The Authorities

The offence created by s. 175(1)(a) finds its origins in the common law of vagrancy, an 'offence against public convenience', which proscribed certain behaviour in order to preserve peace and order in the community: see, for example, *An Act respecting Vagrants*, S.C. 1869, c. 28. In 1947, the *Criminal Code* created a new and distinct offence of causing a disturbance; the offence was moved from the section of the *Code* entitled "Vagrancy" to the nuisance offences falling under Part V labelled "Offences Against Religion, Morals and Public Convenience": S.C. 1947, c. 55, s. 3. Upon the *Code's* revision in 1955, S.C. 1953-54, c. 51, the offence was included in Part IV, renamed "Sexual Offences, Public Morals and Disorderly

découle nécessairement d'une analyse du mot «tapage». Une question subsidiaire est de savoir si l'acte lui-même peut constituer le tapage ou si un tapage accessoire est requis.

Les valeurs en jeu dans le présent pourvoi sont faciles à distinguer. D'une part, il y a la liberté de l'individu de vociférer, de chanter ou de s'exprimer autrement. D'autre part, il y a le droit collectif de chacun à la paix et à la tranquillité. Ni l'un ni l'autre droit n'est absolu. Le droit d'expression de l'individu doit à un certain point céder le pas au droit collectif à la paix et à la tranquillité et ce dernier droit doit être fondé sur la reconnaissance que, dans une société où des personnes vivent ensemble, il faut tolérer un certain degré de perturbation. La question est de savoir où il faut tracer la ligne de démarcation.

Je compte examiner ces questions du point de vue de la jurisprudence, des principes d'interprétation législative et des questions de principe sous-jacentes. Selon mon interprétation, ces considérations amènent à conclure que l'al. 175(1)a) du *Code criminel* exige un tapage extérieur manifeste dans un endroit public ou près d'un tel endroit, qui soit constitué par l'acte lui-même ou par un tapage secondaire.

La jurisprudence

L'infraction créée par l'al. 175(1)a) tire son origine de la common law applicable au vagabondage, un [TRADUCTION] «crime contre la commodité du public», qui interdisait certains comportements afin de préserver la paix et l'ordre dans la société: voir, par exemple, l'*Acte relatif aux Vagabonds*, S.C. 1869, ch. 28. En 1947, le *Code criminel* a créé une nouvelle infraction distincte consistant à faire du tapage; l'infraction a été transférée de la section du *Code* intitulée «Vagabondage» aux infractions de nuisance relevant de la partie V intitulée «Crimes contre la religion, les mœurs et la commodité du public»: S.C. 1947, ch. 55, art. 3. Lors de la refonte du *Code* en 1955, S.C. 1953-54, ch. 51, l'infraction a été inscrite, dans la partie IV portant le nouveau titre d'«Infractions d'ordre sexuel; actes contraires aux bonnes

Conduct”, as s. 160 under the section entitled “Disorderly Conduct”.

Our jurisprudence has exhibited two different doctrinal approaches to the offence dating to the first federal vagrancy enactments. The first line of authority adopts an expansive approach to “disturbance”; the second a narrower approach which would limit “disturbance” by requiring external manifestations of disturbance. The different approaches are exemplified in the judgments of the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. C.D.* (1973), 13 C.C.C. (2d) 206 on the one hand; and the judgment of the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Swinimer* (1978), 40 C.C.C. (2d) 432, on the other.

Swinimer adopted the expansive approach; “the disturbance is to be found in the doing of any of the specified acts in or near a public place if such disturbs or could reasonably be inferred as disturbing another person or persons”: at p. 439, *per* Macdonald J.A. The court in *R. v. C.D.*, by contrast, saw the offence as involving two elements: the offensive act and a separate resulting disturbance. As Limerick J.A. put it (at p. 213): “Fighting, screaming . . . using insulting language . . . mentioned in cl. (a)(i) are not synonymous with creating a disturbance but are the causes of the subsequent disturbance which is the offence”. “[T]he mere disturbing of the peace or tranquility of one person’s mind” was held insufficient to give rise to the offence (p. 214).

The British Columbia Court of Appeal charted a path between these two approaches in *R. v. Peters* (1982), 65 C.C.C. (2d) 83. A secondary disturbance was not always required; the act of shouting or swearing or singing itself could constitute the disturbance. At the same time, shouting obscenities in a loud voice at two police officers was held, in this particular case, not to amount to a disturbance “in and of itself”. Therefore, one or more persons must be “affected” by the conduct for there to be a disturbance within the section (p. 91). Taggart J.A. for the court quoted with approval the

mœurs; inconduite», comme art. 160 sous la section intitulée «Inconduite».

Notre jurisprudence fait ressortir deux conceptions doctrinales différentes de l’infraction qui remontent aux premières dispositions fédérales sur le vagabondage. Le premier courant de jurisprudence adopte une conception large du «tapage»; le deuxième, une conception plus restreinte qui limiterait le «tapage» par l’exigence de manifestations extérieures de tapage. Les différentes conceptions sont illustrées dans l’arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick *R. c. C.D.* (1973), 13 C.C.C. (2d) 206, d’une part, et dans l’arrêt de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse *R. c. Swinimer* (1978), 40 C.C.C. (2d) 432, d’autre part.

L’arrêt *Swinimer* a adopté la conception large; [TRADUCTION] «le tapage résulte de l’accomplissement des actes précisés dans un endroit public ou près d’un tel endroit s’il dérange ou si on pouvait raisonnablement conclure qu’il dérangerait une autre personne ou d’autres personnes»: à la p. 439, le juge Macdonald. Par contre, la cour, dans l’arrêt *R. c. C.D.*, était d’avis que l’infraction comportait deux éléments: l’acte injurieux et le tapage distinct qui en résultait. Comme l’a dit le juge Limerick (à la p. 213): [TRADUCTION] «Les termes «en se battant, en criant . . . employant un langage insultant . . .» mentionnés dans le sous-al. a)(i) ne sont pas synonymes de faire du tapage, mais décrivent plutôt les causes du tapage subséquent qui constitue l’infraction». [TRADUCTION] «Le simple fait de troubler la paix ou la tranquillité de l’esprit d’une personne» a été jugé insuffisant pour donner lieu à l’infraction (p. 214).

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a adopté un moyen terme entre ces deux conceptions dans l’arrêt *R. c. Peters* (1982), 65 C.C.C. (2d) 83. Un tapage secondaire n’était pas toujours requis; le fait de vociférer, de jurer ou de chanter pouvait en soi constituer le tapage. En même temps, on n’a pas jugé, dans cette affaire, que le fait de crier des obscénités à deux agents de police constituait «en soi» du tapage. Par conséquent, il faut qu’une ou plusieurs personnes soient [TRADUCTION] «touchées» par la conduite pour qu’il y ait tapage au sens de l’article (p. 91). Le juge Taggart a cité et

reasoning Verchere J. had earlier used (*R. v. Wolgram* (1975), 29 C.C.C. (2d) 536 (B.C.S.C.), at p. 537) for dismissing such a charge:

It was not made to appear that any person or persons were so disturbed by what occurred as to cause some disorder or agitation to ensue or that there was any interference with the ordinary and customary use by the public of a public place; and although the peace and tranquillity of the minds of the police officers and of some, at least, of the onlookers might well have been interrupted, it has been said by high authority that there must be something more. [Emphasis added.]

A review of the authorities would not be complete without mention of the reasons of MacKeigan C.J.N.S. in *Swinimer*, concurring in the result but taking a different approach to construction of the section. His reasons are important for two assertions. The first is that the *Criminal Code* speaks of disturbance of a public place, not of someone's mind (at pp. 434-35):

It seems to me that a "disturbance" is an objective term relating to the noise and confusion created by the specified means of fighting, screaming, swearing, etc. The primary definition of "disturbance" in the Oxford Universal Dictionary is—"The interruption of tranquillity, peace, rest or settled condition". This objective sense is clearly meant in s. 171(1)(d) [now s. 175(1)(d)] which makes it an offence to "disturb the *peace and quiet* of occupants of a dwelling house by discharging firearms or by other disorderly conduct in a public place". Section 171(2) [now s. 175(2)] refers to whether "a disturbance described in paragraph (1)(a) or (d) was caused or occurred"; the use of the words "disturbance" and "occurred" seems to me to confirm further that objective standards are to be employed.

Thus, if the Queen's peace has been disturbed, it should not be necessary to prove that any particular onlooker was emotionally upset or might reasonably have been so upset. It should be enough to show beyond a reasonable doubt, from the nature and degree of the fighting, shouting, etc., that the "peace and quiet" of the area had been disturbed. It thus would not be a defence, which it would be if a subjective test is used, for the accused to get all persons who heard or saw the episode

approuvé, au nom de la cour, le raisonnement que le juge Verchere avait adopté précédemment (*R. c. Wolgram* (1975), 29 C.C.C. (2d) 536 (C.S.C.-B.), à la p. 537) pour rejeter une telle accusation:

^a [TRADUCTION] Il n'a pas été démontré que ce qui s'est produit a dérangé une ou plusieurs personnes au point de causer du désordre ou de l'agitation ou d'entraver l'utilisation ordinaire et habituelle d'un endroit public par le public; et, bien que la paix et la tranquillité d'esprit des agents de police et, du moins, de certains spectateurs aient pu être troublées, de hautes instances ont affirmé qu'il doit y avoir quelque chose de plus. [Je souligne.]

^c Un examen de la jurisprudence ne serait pas complet sans la mention des motifs du juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Swinimer*, qui a souscrit au résultat, mais a adopté une façon différente d'interpréter l'article. Ses motifs sont importants en raison de deux affirmations. La première est que le *Code criminel* parle de faire du tapage dans un endroit public et non de troubler la tranquillité d'esprit d'une personne (aux pp. 434 et 435):

^f [TRADUCTION] Il me semble que le terme *disturbance* (tapage) est un terme objectif qui se rapporte au bruit et à la confusion engendrés par les moyens précisés consistant à se battre, à crier, à jurer, etc. La principale définition du mot *disturbance* (tapage) dans l'Oxford Universal Dictionary est—"La perturbation de la tranquillité, de la paix, du repos ou d'une situation établie". Ce sens objectif ressort clairement de l'al. 171(1)d [maintenant l'al. 175(1)d] qui rend coupable d'une infraction qui conque «trouble la paix et la tranquillité des occupants d'une maison d'habitation en déchargeant des armes à feu ou en causant un autre désordre dans un endroit public». Le paragraphe 171(2) [maintenant le par. 175(2)] parle de «la survenance d'un désordre visé aux alinéas (1)a ou d)»; l'utilisation des termes «survenance» et «désordre» me semble confirmer en outre qu'il faut recourir à des normes objectives.

Par conséquent, si la paix publique a été troublée, il ne devrait pas être nécessaire de prouver qu'un spectateur particulier a été troublé émotivement ou qu'il pourrait raisonnablement l'avoir été. Il devrait être suffisant de démontrer hors de tout doute raisonnable, d'après la nature et le degré de l'acte consistant à se battre, à crier, etc., que «la paix et la tranquillité» de l'endroit avaient été troublées. Ce ne serait donc pas un moyen de défense (c'en serait un si un critère subjectif était utilisé)

to testify that they were not “disturbed”. Indeed, one can imagine a case such as this where all the spectators were hard-boiled individuals, who far from being emotionally “disturbed” enjoyed and applauded the disturbers and their abuse of the police. [Emphasis in original.]

The second is the assertion that “[w]hether a disturbance has occurred is a question of fact and depends on the degree and intensity of the activity complained of, and on the degree and nature of the ‘peace’ which should be expected to prevail in the particular public place at the particular time” (p. 435). The latter comment suggests that formulae based on descriptions of conduct without more may be inadequate; the context in which the activity takes place must be considered so that the countervailing interests can be duly weighed. The lawful jangling of the street musician at an urban intersection at noon may become criminal if conducted outside a citizen’s bedroom window at three o’clock in the morning.

One more case must be considered. It is the decision of this Court in *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106. While the charges were under a different section, disrupting the solemnity of a religious gathering, the judgments of Dickson J. (as he then was) and Wilson J., concurring in result, offer insights into the proper balance between the competing interests in public order and personal liberty and their reconciliation with the practical exigencies of prosecution and defence. The section made it an offence to “wilfully disturb” a religious gathering. Both Dickson and Wilson JJ. rejected the contention that unmanifested annoyance or upset could constitute a disturbance, Wilson J. commenting that on the *Swinimer* test, “anyone in any given situation would act at the risk of causing some unmanifested emotional upset or ‘disturbance’ to another person” (p. 131). In this, as well as in the acceptance that the disturbance may arise either from the act itself or from its secondary effect (*per* Dickson J. for the majority), the pronouncements resemble

pour l’accusé que de demander à toutes les personnes qui ont vu ou entendu l’incident de témoigner qu’elles n’ont pas été «dérangées». En fait, on peut imaginer une affaire comme la présente où tous les spectateurs seraient des durs à cuire qui, loin d’être «troublés» émotionnellement, apprécieraient et applaudiraient les personnes qui causent du désordre et insultent les policiers». [En italique dans l’original.]

La deuxième affirmation est que [TRADUCTION] «la question de savoir s’il y a eu tapage en est une de fait et dépend du degré et de l’intensité de l’acte reproché et du degré et de la nature de la «paix» dont on devrait s’attendre qu’elle prévale dans l’endroit public et au moment en cause» (p. 435). Cette dernière observation laisse entendre que les formules fondées sur des descriptions de conduite sans plus peuvent être insuffisantes; il faut tenir compte du contexte dans lequel l’acte est accompli de manière que les intérêts opposés puissent être évalués correctement. La cacophonie licite d’un musicien, à un carrefour en pleine ville à l’heure du midi, peut devenir criminelle si elle a lieu sous la fenêtre d’une chambre à coucher à 3 heures du matin.

Il nous faut examiner un autre arrêt. C’est l’arrêt de notre Cour *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106. Bien que les accusations aient été portées en vertu d’une disposition différente, concernant le fait de troubler la solennité d’une assemblée religieuse, les motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef) et du juge Wilson, qui a souscrit au résultat, donnent un aperçu de l’équilibre qu’il convient d’établir entre les intérêts opposés de l’ordre public et de la liberté personnelle et leur conciliation avec les exigences pratiques de la poursuite et de la défense. Cette disposition rend coupable d’une infraction quiconque, «volontairement, trouble» une assemblée religieuse. Les juges Dickson et Wilson ont rejeté tous les deux l’argument selon lequel la contrariété ou la perturbation non manifestée extérieurement pouvait constituer un trouble (*disturbance*), le juge Wilson faisant observer que, d’après le critère de l’arrêt *Swinimer*, «dans une situation donnée, nous agirions tous au risque de causer à une autre personne quelque perturbation émotive ou «trouble» qu’elle ne manifeste-

those made in *R. v. Peters, supra*. As Dickson J. put it at p. 118:

In my opinion, it is not sufficient to found a conviction under s. 172(3) that an accused's conduct produce annoyance, anxiety, or emotional upset in the members of the assemblage met for religious worship. Where the impugned acts are brief, essentially passive and peaceful in nature and are voluntarily desisted from, upon request, as they were in this case, then there is no crime. There must be some activity in the nature of a disorder which occurs as a result of this conduct before a trial judge would be entitled to find the order of solemnity of a meeting had been disturbed. Where, on the other hand, the impugned actions are not passive nor peaceful in nature, they may in themselves constitute activity in the nature of a disorder sufficient to found a conviction under this subsection.

Whatever their theoretical pronouncements, Canadian courts have entered few if any convictions under (what is now) s. 175(1)(a) absent an overtly manifested disturbance which affected people's conduct, be it found in the act itself or in its effect. In *Swinimer* the accused's fighting, shouting and obscene language in front of his residence interfered with the usual activities of a neighbour as well as her children, to judge from her testimony that she had to return to the bedroom during the episode to calm the children down. The conviction in *R. v. Allick* (cited in *R. v. Peters, supra*, at p. 90) arose from a spirited barroom brawl. In *R. v. Chikoski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 38 (Ont. Prov. Ct.), the police officer testified that the obscenities which the accused had shouted at him not only offended and disturbed him but caused a group of men working in a field some 200 feet away to stop their work and look up towards the place where the police officer and the accused were standing. In *R. v. C.D.*, the trial judge found that the accused caused an affray in the street by shouting and ram-

trait pas extérieurement» (p. 131). Il ressort de cette affirmation, ainsi que de l'acceptation que le trouble peut découler soit de l'acte lui-même, soit de son effet secondaire (le juge Dickson au nom de la majorité), que ces conclusions ressemblent à celles auxquelles on est arrivé dans l'arrêt *R. c. Peters*, précité. Comme le dit le juge Dickson, à la p. 118:

À mon avis, la conduite d'un prévenu qui contrarie, cause de l'anxiété ou un bouleversement émotif parmi les membres de l'assemblée réunis pour un office religieux ne suffit pas à justifier une déclaration de culpabilité en vertu du par. 172(3). Lorsque les actes en cause sont de courte durée, qu'ils sont essentiellement passifs et de nature paisible et que leur auteur y met fin volontairement sur demande, comme cela a été le cas ici, alors il n'y a pas de crime. Avant qu'un juge de première instance ait le droit de conclure que l'ordre ou la solennité d'une assemblée ont été troublés, il faut une activité indicative d'un désordre qui résulte de cette conduite. Lorsque, par ailleurs, les actes en cause ne sont ni passifs ni de nature paisible, ils peuvent en eux-mêmes constituer une activité indicative d'un désordre suffisant pour justifier une déclaration de culpabilité en vertu de ce paragraphe.

Quelles qu'aient été leurs conclusions théoriques, les tribunaux canadiens ont prononcé peu ou pas du tout de déclarations de culpabilité en vertu de (ce qui constitue maintenant) l'al. 175(1)a, s'il n'y avait pas eu de tapage (*disturbance*) manifesté ouvertement qui avait influé sur la conduite des gens et qui avait consisté en l'acte lui-même ou en l'effet de cet acte. Dans l'arrêt *Swinimer*, le fait que l'accusé se soit battu, qu'il ait crié et employé un langage obscène devant sa résidence a gêné les activités habituelles d'une voisine et de ses enfants, si l'on en juge d'après son témoignage qu'elle a dû revenir dans la chambre à coucher, pendant l'incident, pour calmer les enfants. La déclaration de culpabilité dans l'arrêt *R. c. Allick* (cité dans l'arrêt *R. c. Peters*, précité, à la p. 90) a découlé d'une violente bagarre dans un bar. Dans l'arrêt *R. c. Chikoski* (1973), 14 C.C.C. (2d) 38 (C. prov. Ont.), le policier a témoigné que les obscénités que lui avait criées l'accusé l'avaient non seulement insulté et dérangé, mais avait également amené un groupe d'hommes, qui travaillaient

ming his car into the back of another car, reducing the wife of the owner to tears. Yet, the Court of Appeal overturned even this conviction, finding that the interruption of “tranquility” of mind or the “emotional upset” caused the owner and his wife was insufficient to constitute a “disturbance”. Shouting abusive language without more was held not to trigger the section in *R. v. Eyre* (1972), 10 C.C.C. (2d) 236 (B.C.S.C.) and *R. v. Peters*. In *R. v. Wolgram*, *supra*, shouting obscenities at police in a barroom was similarly held not to offend the section because “[i]t was not made to appear that any person or persons were so disturbed by what occurred as to cause some disorder or agitation to ensue or that there was any interference with the ordinary and customary use by the public of a public place” (p. 537).

I conclude that the weight of the authority, whether viewed from the point of view of theory or result, suggests that before an offence can arise under s. 175(1) of the *Criminal Code*, the enumerated conduct must cause an overtly manifested disturbance which constitutes an interference with the ordinary and customary use by the public of the place in question. This may be proved by direct evidence or inferred under s. 175(2). It is not necessary that there be a separate disturbance secondary to the disturbing act; the act itself may in some cases amount to a disturbance and “cause” it in this sense. Finally, the principle of legality, alluded to in the judgment of Wilson J. in *Skoke-Graham* suggests that only conduct which may reasonably be expected to cause such a disturbance in the particular circumstances of the case falls within s. 175(1)(a) (see p. 180, below).

dans un champ à environ 200 pieds de là, à arrêter leurs activités et à regarder dans la direction où se trouvaient le policier et l'accusé. Dans l'arrêt *R. c. C.D.*, le juge du procès a conclu que l'accusé avait causé une échauffourée dans la rue en criant et en emboutissant avec sa voiture l'arrière d'une autre voiture, faisant ainsi éclater en sanglots l'épouse du propriétaire de ce dernier véhicule. Pourtant, la Cour d'appel a écarté même cette déclaration de culpabilité, statuant que l'interruption de la «tranquillité» d'esprit ou le «trouble émotif» causés au propriétaire et à son épouse étaient insuffisants pour constituer un «tapage». Dans les arrêts *R. c. Eyre* (1972), 10 C.C.C. (2d) 236 (C.S.C.-B.), et *R. c. Peters*, on a conclu que le fait de crier des propos injurieux sans plus n'avait pas pour effet de déclencher l'application de l'article. Dans l'arrêt *R. c. Wolgram*, précité, on a également jugé que le fait de crier des obscénités à des policiers dans un bar ne portait pas atteinte à l'article parce qu'[TRADUCTION] «[i]l n'a pas été démontré que ce qui s'est produit a dérangé une ou plusieurs personnes au point de causer du désordre ou de l'agitation ou d'entraver l'utilisation ordinaire et habituelle d'un endroit public par le public» (p. 537).

f Je conclus que si l'on examine la jurisprudence du point de vue de la théorie ou du résultat, il en ressort que, pour qu'il puisse y avoir infraction aux termes du par. 175(1) du *Code criminel*, la conduite énumérée doit causer un tapage manifesté ouvertement qui constitue une entrave à l'utilisation ordinaire et habituelle de l'endroit en question par le public. Cela peut se démontrer par preuve directe ou par déduction aux termes du par. 175(2). Il n'est pas nécessaire qu'il y ait tapage distinct accessoire à l'acte qui cause ce tapage; l'acte lui-même peut, dans certains cas, équivaloir à un tapage et le «causer» dans ce sens. Finalement, le principe de la légalité, auquel le juge Wilson fait allusion dans les motifs qu'elle a rédigés dans l'affaire *Skoke-Graham*, laisse entendre que seule la conduite dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle cause pareil tapage dans les circonstances particulières de l'espèce relève de l'al. 175(1)a) (voir plus loin, à la p. 180).

Principles of Statutory Construction

The word “disturbance” is capable of many meanings. The task is to choose the meaning which best accords with the intention of Parliament.

The following arguments support the conclusion that “disturbance” in s. 175(1)(a) involves more than mere mental or emotional annoyance or disruption.

First, the noun “disturbance” may have a different connotation than the verb “to disturb”. Not everything that disturbs people results in a disturbance (e.g., smoking). A definition which posits identity between “disturb” and “disturbance” is contrary to ordinary usage, the most fundamental principle of statutory construction. This is not to say that one cannot speak of a purely emotional disturbance, but rather that “disturbance” has a secondary meaning which “disturb” does not possess; a meaning which suggests interference with an ordinary and customary conduct or use.

Second, the context of “disturbance” in s. 175(1)(a) suggests that Parliament did not intend to protect society from mere emotional disturbance. Had Parliament sought to protect society from annoyance and anxiety, the section would not be confined to acts occurring in or near a public place, nor would it single out particular forms of objectionable conduct—many other types of conduct disturb us. Parliament could have expressly protected against emotional disturbance, as was done in the *Public Order Act 1986* (U.K.), 1986, c. 64. But, to borrow the language of MacKeigan C.J.N.S. in *Swinimer, supra*, Parliament chose to speak of a disturbance in or near a public place, not in someone’s mind. By addressing “disturbance” in the public context, Parliament signalled that its objective was not the protection of individuals from emotional upset, but the protection of the

Principes d’interprétation législative

Le terme *disturbance* peut avoir un grand nombre de significations. Il s’agit de choisir le sens qui correspond le mieux à l’intention du législateur.

Les arguments suivants appuient la conclusion que le terme *disturbance* (tapage) dont il est question à l’al. 175(1)a comporte plus que la simple contrariété ou perturbation de la tranquillité mentale ou émotive.

Premièrement, le substantif *disturbance* (trouble, tapage) peut avoir une connotation différente de celle du verbe *to disturb* (troubler, déranger). Ce qui dérange (*disturb*) les gens ne cause pas nécessairement un trouble (*disturbance*) (par exemple, la fumée de cigarettes). Une définition qui souligne le caractère identique des termes *disturb* et *disturbance* est contraire à l’usage ordinaire, le principe le plus fondamental de l’interprétation législative. Cela ne veut pas dire que l’on ne peut parler d’un trouble purement émotif, mais plutôt que le terme *disturbance* a un sens secondaire que le verbe *disturb* n’a pas; un sens qui laisse entendre une entrave à une conduite ou à une utilisation ordinaire et habituelle.

Deuxièmement, le contexte dans lequel se trouve le terme «tapage» (*disturbance*) à l’al. 175(1)a laisse entendre que le législateur n’avait pas l’intention de protéger la société contre un simple trouble émotif. Si le législateur avait voulu protéger la société contre la contrariété et l’angoisse, la disposition ne viserait pas que les actes accomplis dans un endroit public ou près d’un tel endroit et n’énumérerait pas certaines formes de conduite répréhensible — un bon nombre d’autres types de conduite nous dérangent. Le législateur aurait pu expressément prévoir une protection contre le trouble émotif (*emotional disturbance*) comme il l’a fait dans la *Public Order Act 1986* (R.-U.), 1986, ch. 64. Mais, pour reprendre les termes du juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse dans l’arrêt *Swinimer*, précité, le législateur a choisi de parler de faire du tapage dans un endroit public ou près d’un tel endroit et non de troubler la tranquillité d’esprit d’une per-

public from disorder calculated to interfere with the public's normal activities.

Third, interpretative aids suggest that s. 175(1)(a) is directed at publicly exhibited disorder. As noted in *Skoke-Graham, supra*, headings and preambles may be used as intrinsic aids in interpreting ambiguous statutes. Section 175(1)(a) appears under the section "Disorderly Conduct". Without elevating headings to determinative status, the heading under which s. 175(1)(a) appears supports the view that Parliament had in mind, not the emotional upset or annoyance of individuals, but disorder and agitation which interfere with the ordinary use of a place.

Fourth, the word used for "disturbance" in the French version of s. 175(1), "*TAPAGE*", connotes an externally manifested disturbance involving violent noise or confusion disrupting the tranquility of those using the area in question. For example, *Le Petit Robert 1* (1990) defines the term as: "1^o Bruit violent, confus, désordonné produit par un groupe de personnes . . . *Tapage injurieux ou nocturne*: consistant à troubler la tranquillité des habitants en faisant du bruit, sans motif légitime". (Emphasis in original.)

Finally, it can be argued that the reference in s. 175(2) to an inference of disturbance from evidence "relating to the conduct of a person or persons" is consistent with the finding that Parliament had in mind the effect of the shouting, swearing or singing, for example, on the conduct of persons other than the accused. In short, Parliament was concerned with how members of the public other than the accused may have been affected by the impugned act.

sonne. En abordant le «tapage» dans le contexte public, le législateur a indiqué que son objectif n'était pas de protéger les personnes contre tout trouble émotif, mais de protéger le public contre le désordre destiné à entraver ses activités normales.

Troisièmement, selon les outils d'interprétation, l'al. 175(1)a vise le désordre manifesté publiquement. Tel que mentionné dans l'arrêt *Skoke-Graham*, précité, les rubriques et les préambules peuvent servir intrinsèquement à interpréter les lois ambiguës. L'alinéa 175(1)a figure dans la section intitulée «Inconduite». Sans accorder aux rubriques une importance déterminante, la rubrique sous laquelle figure l'al. 175(1)a paraît appuyer l'opinion selon laquelle le législateur avait à l'esprit non pas le bouleversement émotif ou la contrariété de personnes, mais le désordre et l'agitation qui entravent l'utilisation ordinaire d'un endroit.

Quatrièmement, le terme «tapage», utilisé pour rendre le terme «*disturbance*» dans la version française du par. 175(1), connote un tapage manifesté extérieurement qui comporte un bruit violent ou une confusion qui vient troubler la tranquillité des usagers de l'endroit en question. Par exemple, *Le Petit Robert 1* (1990) définit le terme de la manière suivante: «1^o Bruit violent, confus, désordonné produit par un groupe de personnes [. . .] *Tapage injurieux ou nocturne*: consistant à troubler la tranquillité des habitants en faisant du bruit, sans motif légitime.» (En italique dans l'original.)

Finalement, on peut soutenir que la mention, au par. 175(2), d'une déduction, de la preuve «sur le comportement d'une personne», de la survenance d'un désordre est compatible avec la conclusion que le législateur avait à l'esprit l'effet de l'acte consistant à crier, à jurer ou à chanter, par exemple, sur la conduite de personnes autres que l'accusé. Bref, le législateur se préoccupait de savoir de quelle manière des membres du public autres que l'accusé peuvent avoir été touchés par l'acte reproché.

Policy

Considerations pertaining to the practical application of the criminal law suggest that the narrower "public disturbance" interpretation of s. 175(1)(a) is preferable to the broader "emotional disturbance" standard.

The first consideration pertains to fundamental justice, and in particular the principle of legality, which affirms the entitlement of every person to know in advance whether their conduct is illegal. As Wilson J. points out in *Skoke-Graham, supra*, application of the internal test would mean that "anyone in any given situation would act at the risk of causing some unmanifested emotional upset or 'disturbance' to another person" (p. 131). Read thus, s. 175(1)(a) imposes a duty to ascertain whether one's conduct disturbs or can reasonably be expected to disturb the "mental" or "emotional" tranquillity of others. Such a burden, dependant as it is on time, place, circumstance and the sensitivities of others, verges on the capricious. It may well be questioned whether it could ever be discharged with certainty.

The second consideration is that the narrower "public disturbance" test permits a more sensitive balancing between the countervailing interests at stake. As MacKeigan C.J.N.S. points out in *Swinimer*, the test for a disturbance in or near a public place under s. 175(1)(a) should permit the court to weigh the degree and intensity of the conduct complained of against the degree and nature of the peace which can be expected to prevail in a given place at a given time. A test which accepts mental or emotional disturbance as sufficient to establish the offence does not permit such balancing; all that is required is that the accused should have known that someone might be internally disturbed. A test, on the other hand, which turns on whether the effect of the conduct was such as to interfere with the ordinary and customary use of the premises at the time and place in question, permits the countervailing factors to be weighed and balanced. As such, it arguably strikes a more sensitive balance between the individual interest in lib-

Politique générale

Les considérations relatives à l'application pratique du droit criminel laissent entendre que l'interprétation restreinte de l'al. 175(1)a) fondée sur le «tapage dans un endroit public» est préférable à la norme plus large du «trouble émotif».

La première considération a trait à la justice fondamentale et, en particulier, au principe de la légalité, qui confirme que chaque personne a le droit de savoir d'avance si sa conduite est illégale. Comme le juge Wilson le souligne dans l'arrêt *Skoke-Graham*, précité, l'application du critère du trouble intérieur signifierait que «dans une situation donnée, nous agirions tous au risque de causer à une autre personne quelque perturbation émotive ou «trouble» qu'elle ne manifesterait pas extérieurement» (p. 131). Interprété de cette manière, l'al. 175(1)a) impose à quelqu'un l'obligation de vérifier si sa conduite trouble ou est raisonnablement susceptible de troubler la tranquillité «mentale» ou «émotive» d'autrui. Un tel fardeau, qui dépend du temps, de l'endroit, des circonstances et de la sensibilité d'autrui, frise l'incertitude. On peut très bien se demander si on pourrait s'en acquitter avec certitude.

La deuxième considération veut que le critère plus restreint du «tapage dans un endroit public» permet de mieux équilibrer les intérêts opposés qui sont en jeu. Comme le juge en chef MacKeigan de la Nouvelle-Écosse le souligne dans l'arrêt *Swinimer*, le critère relatif au tapage dans un endroit public ou près d'un tel endroit, au sens de l'al. 175(1)a), devrait permettre à la cour d'évaluer le degré et l'intensité de la conduite reprochée par rapport au degré et à la nature de la paix dont on peut s'attendre qu'elle prévale dans un endroit donné à un moment donné. Un critère qui considère qu'un trouble de la tranquillité mentale ou émotive est suffisant pour établir l'infraction ne permet pas d'atteindre pareil équilibre; tout ce qui est exigé c'est que l'accusé aurait dû savoir que quelqu'un aurait pu être troublé intérieurement. Par ailleurs, un critère qui repose sur la question de savoir si l'effet de la conduite était de nature à entraver l'utilisation ordinaire et habituelle des lieux au moment et à l'endroit en question, permet

erty and the public interest in going about its affairs in peace and tranquillity.

The final policy consideration takes us into the more precarious terrain of pondering the proper goals and limits of the criminal law. The *Swinimer* standard, adopted by the courts below, would make it a criminal offence to sing or shout in circumstances where a person has reason to believe that his or her conduct might annoy or upset someone else, even though no one may have heard the sound, much less have been affected by it. In support of this interpretation, it was argued that such a stringent standard is necessary in order to nip disturbances in the bud before they become truly disruptive to the public. But it is far from self-evident that the goal of peace and order in our public places requires the criminal law to step in at the stage of foreseeability of mental annoyance. Indeed, our society has traditionally tolerated a great deal of activity in our streets and byways which can and does disturb and annoy others sharing the public space. Given the intrusion on public liberty and the uncertainty in the criminal law which such a rule would introduce, it is arguable that some external manifestation of disorder in the sense of interference with the normal use of the affected place should be required to transform lawful conduct into an unlawful criminal offence.

Conclusion on the Ambit of Section 175(1)(a)

The weight of the authorities, the principles of statutory construction and policy considerations, taken together, lead me to the conclusion that the disturbance contemplated by s. 175(1)(a) is something more than mere emotional upset. There must be an externally manifested disturbance of the public peace, in the sense of interference with the ordinary and customary use of the premises by the public. There may be direct evidence of such an effect or interference, or it may be inferred from

d'évaluer et d'équilibrer les facteurs opposés. À ce titre, on peut soutenir qu'il permet de réaliser un équilibre plus délicat entre l'intérêt de la personne en matière de liberté et l'intérêt qu'a le public à vaquer à ses occupations dans la paix et la tranquillité.

La dernière considération de principe nous amène sur le terrain plus glissant de l'évaluation des objectifs et des limites appropriés du droit criminel. D'après la norme de l'arrêt *Swinimer*, adoptée par les tribunaux d'instance inférieure, constituerait une infraction criminelle le fait de chanter ou de crier dans des circonstances où une personne a des raisons de croire que sa conduite peut contrarier ou déranger autrui, même si personne n'a entendu le bruit et encore moins n'a été gênée par celui-ci. À l'appui de cette interprétation, on a soutenu qu'une telle norme rigoureuse est nécessaire pour écraser dans l'oeuf les désordres avant qu'ils ne dérangent vraiment le public. Toutefois, il est loin d'être évident en soi que l'objectif de faire régner la paix et l'ordre dans nos endroits publics exige que le droit criminel entre en jeu à l'étape de la prévisibilité d'une contrariété. En fait, notre société a coutume de tolérer un bon nombre d'activités dans nos rues et sur nos routes, qui peuvent déranger et contrarier d'autres personnes qui partagent ces endroits publics, et qui le font effectivement. Étant donné l'empiètement sur la liberté publique et l'incertitude qu'une telle règle créerait dans le droit criminel, on peut soutenir qu'une certaine manifestation extérieure de désordre au sens d'une entrave à l'utilisation normale de l'endroit visé devrait être nécessaire pour transformer une conduite légale en infraction criminelle.

Conclusion sur la portée de l'al. 175(1)a)

Le poids de la jurisprudence, les principes d'interprétation législative et des considérations de principe m'amènent à conclure que le tapage visé à l'al. 175(1)a) représente plus qu'un simple trouble émotif. Il doit y avoir une perturbation manifestée extérieurement de la paix publique au sens d'une entrave à l'utilisation ordinaire et habituelle des lieux par le public. Il peut y avoir une preuve directe d'un tel effet ou d'une telle entrave, ou on peut en déduire l'existence de la preuve apportée

the evidence of a police officer as to the conduct of a person or persons under s. 175(2). The disturbance may consist of the impugned act itself, as in the case of a fight interfering with the peaceful use of a barroom, or it may flow as a consequence of the impugned act, as where shouting and swearing produce a scuffle. As the cases illustrate, the interference with the ordinary and customary conduct in or near the public place may consist in something as small as being distracted from one's work. But it must be present and it must be externally manifested. In accordance with the principle of legality, the disturbance must be one which may reasonably have been foreseen in the particular circumstances of time and place.

Disposition of the Appeal

There was no evidence of a disturbance of the use of the premises in question by anyone in the case at bar. The trial judge applied a mental disturbance test, convicting on the basis that an "ordinary reasonable individual would be disturbed by language of that nature being shouted in a public area". The convictions were upheld. In denying leave to appeal, the Court of Appeal agreed that language such as that used by the accused was "inherently disturbing and was of itself a disturbance" (p. 270). There was no finding that the conduct of the complainant or anyone else was affected or disturbed by the language. In the absence of such findings, the convictions cannot stand.

I would allow the appeal, quash the convictions, and substitute acquittals in their place.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Del Atwood, Bridgewater.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

par un agent de police sur le comportement d'une personne aux termes du par. 175(2). Le tapage peut consister en l'acte reproché lui-même, comme dans le cas d'une bagarre qui vient entraver l'utilisation paisible d'un bar, ou il peut constituer une conséquence de l'acte reproché, comme dans le cas où le fait de crier et de jurer provoque une bagarre. Comme l'illustre la jurisprudence, l'entrave à la conduite ordinaire et habituelle dans un endroit public ou près d'un tel endroit peut consister en un acte aussi banal que d'être distrait de son travail. Toutefois, l'entrave doit avoir lieu et doit être manifestée extérieurement. Conformément au principe de la légalité, le désordre doit avoir été raisonnablement prévisible dans les circonstances particulières du moment et du lieu.

Dispositif

En l'espèce, personne n'a présenté de preuve de l'existence d'une perturbation de l'utilisation des lieux en question. Le juge du procès a appliqué le critère du trouble de la tranquillité mentale et a prononcé des déclarations de culpabilité fondées sur le fait qu'une [TRADUCTION] «personne raisonnable ordinaire serait dérangée par un langage de cette nature qui serait crié dans un endroit public». Les déclarations de culpabilité ont été confirmées. En refusant l'autorisation d'interjeter l'appel, la Cour d'appel a accepté qu'un langage comme celui employé par l'accusé était [TRADUCTION] «dérangeant en soi et constituait lui-même du tapage» (p. 270). On n'a pas conclu que la conduite du plaignant ou de quelque autre personne a été touchée ou dérangée par ce langage. En l'absence de telles conclusions, les déclarations de culpabilité ne sauraient être maintenues.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les déclarations de culpabilité et de les remplacer par des acquittements.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Del Atwood, Bridgewater.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1992 Vol. 1

2^e cahier, 1992 Vol. 1

Cited as [1992] 1 S.C.R. 183-350

Renvoi [1992] 1 R.C.S. 183-350

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

CONTENTS

Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)..... 236

Standing — Public interest group — Immigration Act amendments making provisions with respect to determination of refugee status more stringent — Public interest group active in work amongst refugees and immigrants — Action commenced to challenge constitutionality of Act under the Charter — Whether standing should be granted to challenge provisions — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

M. (M.E.) v. L. (P.) 183

Family law — Compensatory allowance — Discretion — Divorce — Family residence owned by wife — Hypothecary loan repaid by husband — Claim for compensatory allowance dismissed — No reason to vary trial judge's findings — Court

Continued on next page

SOMMAIRE

Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)..... 236

Qualité pour agir — Groupe d'intérêt public — Modifications de la Loi sur l'immigration qui rendent plus stricte la détermination du statut de réfugié — Groupe d'intérêt public actif chez les réfugiés et les immigrants — Action intentée pour contester la constitutionnalité de la Loi en vertu de la Charte — Faut-il reconnaître au groupe qualité pour agir aux fins de la contestation des dispositions? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

M. (M.E.) c. L. (P.) 183

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Discretion — Divorce — Résidence familiale appartenant à l'épouse — Prêt hypothécaire remboursé par l'époux — Demande de pres-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of Appeal's intervention unwarranted — Civil Code of Quebec, art. 559.

Family law — Compensatory allowance — Approach to be taken in considering facts — Additional criteria for obtaining compensatory allowance — Nature of contributions to enrichment of spouse's patrimony — Effects of contracts concluded between parties — Civil Code of Quebec, art. 559.

R. v. Forster 339

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — General Court Martial — Member of Canadian Armed Forces charged with being absent without leave and tried by General Court Martial — Whether structure of General Court Martial infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Armed Forces — Service offences — Absence without leave — Mens rea — Officer not reporting to new posting and charged with being absent without leave — Officer honestly believing that she had resigned from Armed Forces — Honest mistake about legal consequences of her actions not a defence to charge — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 90, 150.

R. v. Généreux 259

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Courts martial — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether s. 11 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to General Court Martial proceedings — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — General Court Martial — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether structure of General Court Martial infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to be tried by independent and impartial tribunal — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether General Court Martial an independent and impartial tribunal — Whether s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms offers greater protection than s. 11(d) of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Military personnel — Member of Canadian Armed Forces charged with narcotics offences and tried before military tribunal under National Defence Act — Civilian charged

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

tation compensatoire rejetée — Aucune raison de modifier les conclusions du juge des faits — Intervention de la Cour d'appel injustifiée — Code civil du Québec, art. 559.

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Approche à suivre dans l'examen des faits — Critères additionnels pour établir une prestation compensatoire — Nature des apports pouvant contribuer à l'enrichissement du patrimoine du conjoint — Effets des contrats intervenus entre les parties — Code civil du Québec, art. 559.

R. c. Forster 339

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cour martiale générale — Membre des Forces armées canadiennes accusée d'absence sans permission et jugée par une cour martiale générale — L'organisation de la cour martiale générale porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Forces armées — Infractions militaires — Absence sans permission — Mens rea — L'officier ne s'est pas présentée à son nouveau poste et a été accusée d'absence sans permission — L'officier croyait honnêtement qu'elle avait démissionné des Forces armées — Une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques de ses actes ne constitue pas un moyen de défense opposable à l'accusation — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 90, 150.

R. c. Généreux 259

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Cours martiales — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — L'article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'une cour martiale générale? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cour martiale générale — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — L'organisation de la cour martiale générale porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — La cour martiale générale est-elle un tribunal indépendant et impartial? — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés offre-t-il une plus

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

with same offences entitled to trial before ordinary criminal court — Whether trial by military tribunal infringed s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 130.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found following search of accused's home — Procedure for obtaining search warrant unacceptable — Accused's right against unreasonable search infringed — Whether narcotics evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Reference re Manitoba Language Rights 212

Constitutional law — Language guarantees — Scope of s. 23 of Manitoba Act, 1870 — Instruments of legislative nature — Whether s. 23 applicable to certain types of orders in council and to documents incorporated by reference in legislation — Whether orders in council fall within phrase "Records and Journals" of legislature in s. 23 — Criteria for determining legislative nature — Extension of time period for compliance with s. 23 — Period of temporary validity extended — Retroactivity — Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3, s. 23.

T. (K.N.) v. P. (G.R.) 210

Family law — Compensatory allowance — Family residence purchased jointly by spouses but paid for by husband — Claim for compensatory allowance dismissed — No reason to vary trial judge's finding — Court of Appeal's intervention unwarranted.

SOMMAIRE (Fin)

grande protection que l'art. 11d) de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Personnel militaire — Membre des Forces armées canadiennes accusé d'infractions en matière de stupéfiants et jugé devant un tribunal militaire en vertu de la Loi sur la défense nationale — Droit pour le civil accusé des mêmes infractions de subir son procès devant une cour criminelle ordinaire — Le procès devant un tribunal militaire porte-t-il atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 130.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Stupéfiants découverts à la suite d'une perquisition au domicile de l'accusé — Caractère inacceptable de la procédure suivie pour obtenir un mandat de perquisition — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives — La preuve composée des stupéfiants devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba ... 212

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Portée de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba — Textes de nature législative — L'article 23 s'applique-t-il à certains types de décrets et aux documents incorporés par renvoi dans les "lois de la législature" — Les décrets relèvent-ils de l'expression «archives, procès-verbaux et journaux» de la Chambre dans l'art. 23? — Critères permettant de déterminer la nature législative — Prorogation du délai pour se conformer à l'art. 23 — Prorogation de la période de validité temporaire — Rétroactivité — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3, art. 23.

T. (K.N.) c. P. (G.R.) 210

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Résidence familiale acquise conjointement par les époux mais payée par le mari — Demande de prestation compensatoire rejetée — Aucune raison de modifier la conclusion du juge des faits — Intervention de la Cour d'appel injustifiée.

M.E.M. Appellant

v.

P.L. Respondent

INDEXED AS: M. (M.E.) v. L. (P.)

File No.: 21387.

1991: October 2; 1992: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Compensatory allowance — Discretion — Divorce — Family residence owned by wife — Hypothecary loan repaid by husband — Claim for compensatory allowance dismissed — No reason to vary trial judge's findings — Court of Appeal's intervention unwarranted — Civil Code of Quebec, art. 559.

Family law — Compensatory allowance — Approach to be taken in considering facts — Additional criteria for obtaining compensatory allowance — Nature of contributions to enrichment of spouse's patrimony — Effects of contracts concluded between parties — Civil Code of Quebec, art. 559.

The parties were married in 1965 under the separation of property regime. During the marriage the appellant was primarily responsible for raising the couple's two children and doing the household chores. She also worked part-time and her income was deposited into the family account. The respondent for his part had a steady job and earned a modest income. The family residence was bought by the appellant two months before the marriage for \$13,000. She paid \$2,000 and the respondent \$1,000 as a deposit, and the appellant's father made his daughter a loan of \$10,000, secured by a hypothec and bearing interest at 4 percent. From 1965 to 1970, the respondent paid his father-in-law \$10,030 in repayment of capital and interest. He also paid the taxes and insurance on the house and did some renovation work. The house was sold in 1971 for \$14,000. The appellant used this amount to buy a new house for \$19,000. Once again, she was the sole owner of the house. The balance of the sale price was again lent by the appellant's father to his daughter. When the lender died in 1975, the

M.E.M. Appelante

c.

^a **P.L. Intimé**

RÉPERTORIÉ: M. (M.E.) c. L. (P.)

^b N° du greffe: 21387.

1991: 2 octobre; 1992: 23 janvier.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d *Droit de la famille — Prestation compensatoire — Discretion — Divorce — Résidence familiale appartenant à l'épouse — Prêt hypothécaire remboursé par l'époux — Demande de prestation compensatoire rejetée — Aucune raison de modifier les conclusions du juge des faits — Intervention de la Cour d'appel injustifiée — Code civil du Québec, art. 559.*

^e *Droit de la famille — Prestation compensatoire — Approche à suivre dans l'examen des faits — Critères additionnels pour établir une prestation compensatoire — Nature des apports pouvant contribuer à l'enrichissement du patrimoine du conjoint — Effets des contrats intervenus entre les parties — Code civil du Québec, art. 559.*

^f Les parties se sont mariées en 1965 sous le régime de la séparation de biens. Durant le mariage, l'appelante s'est consacrée principalement à élever les deux enfants du couple et à s'occuper des travaux domestiques. Elle a également travaillé à temps partiel et ses revenus ont été déposés dans le compte à l'usage de la famille. L'intimé, pour sa part, a eu un emploi régulier et gagné de modestes revenus. La résidence familiale a été achetée par l'appelante deux mois avant le mariage au prix de 13 000 \$. Elle a versé 2 000 \$ et l'intimé 1 000 \$ à titre de dépôt, et le père de l'appelante a consenti à sa fille un prêt de 10 000 \$, garanti par hypothèque et portant intérêt à un taux de 4 p. 100. De 1965 à 1970, l'intimé a payé à son beau-père la somme de 10 030 \$ en remboursement du capital et des intérêts. Il a aussi payé les taxes et les assurances se rapportant à la maison et procédé à divers travaux d'amélioration. La maison a été vendue en 1971 au prix de 14 000 \$. L'appelante a utilisé ce montant pour acheter une nouvelle résidence au coût de 19 000 \$. Elle est, encore une fois, propriétaire unique

respondent had repaid \$2,200 in capital and the appellant's mother made her daughter and son-in-law a present of the balance. From 1971 until early 1981, when the parties separated, the taxes, insurance and other expenses relating to the house were paid by the respondent. He also did renovation work. At the time of the divorce in 1984, the house was valued at \$54,000.

The Superior Court granted the divorce petition but dismissed the respondent's claim for a \$40,000 compensatory allowance. The court found the spouses' contributions virtually equivalent and concluded that there was no real, significant contribution which it could take into account in order to grant the claim. The repayment of the hypothecary loan and the payment of taxes and insurance could be regarded as equivalent to the payment of rent and considered as corresponding to a choice of quality of life. The various maintenance jobs were part of the duties regularly performed by a spouse. The Court of Appeal, in a majority decision, reversed the decision on the compensatory allowance and ordered the payment of an allowance of \$40,000, holding that the repayment of the hypothec by the respondent was a contribution which had enriched the appellant's patrimony. This appeal is to determine whether the trial judge, in refusing to grant the respondent a compensatory allowance, exceeded the discretion conferred on him under the old art. 559 C.C.Q.

Held: The appeal should be allowed.

In order to be awarded a compensatory allowance, the claimant must establish: his or her contribution; the enrichment of the other spouse's patrimony; the causal link between the two (which must be "adequate" but does not have to be absolute), and the proportion in which the contribution made possible the enrichment. The claimant must also establish a concomitant impoverishment and the absence of justification for the enrichment. It is the overall, flexible and generous approach which must prevail in assessing all these elements.

In examining the facts under art. 559 C.C.Q., the trial judge should not give priority to contributions which are readily quantifiable. He should first weigh all contributions of the spouses, without making any distinction between contributions to the marriage and contributions to the patrimony. So-called "domestic" or "conjugal" contributions are part of the overall assessment of the

de la maison. Le solde du prix de vente est de nouveau prêté par le père de l'appelante à sa fille. Au moment du décès du prêteur en 1975, l'intimé avait remboursé 2 200 \$ en capital et la mère de l'appelante a alors fait cadeau du solde à sa fille et à son gendre. De 1971 jusqu'au début de 1981, date à laquelle les parties se sont séparées, l'intimé a acquitté les taxes, assurances et autres charges se rapportant à la maison. Il a également effectué des travaux d'amélioration. Au moment du divorce en 1984, la maison était évaluée à 54 000 \$.

La Cour supérieure a accueilli la requête en divorce mais rejeté la demande de prestation compensatoire de 40 000 \$ présentée par l'intimé. La cour a jugé les apports des conjoints à peu près équivalents et a conclu qu'il n'y avait pas d'apport véritable et appréciable dont elle pouvait tenir compte pour accorder cette demande. Le remboursement du prêt hypothécaire et le paiement des taxes et des assurances pouvaient, d'une part, être considérés comme équivalant au paiement d'un loyer et, d'autre part, être analysés comme correspondant à un choix de qualité de vie. Quant aux divers travaux d'entretien, ils faisaient partie des tâches qu'un conjoint assume de façon courante. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé la décision relative à la prestation compensatoire et ordonné le versement d'une prestation de 40 000 \$, statuant que le remboursement de l'hypothèque par l'intimé constituait un apport qui avait enrichi le patrimoine de l'appelante. Le présent pourvoi vise à déterminer si le juge de première instance a, en refusant d'attribuer une prestation compensatoire à l'intimé, outrepassé la discrétion qui lui était conférée par l'ancien art. 559 C.c.Q.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Pour se voir attribuer une prestation compensatoire, la partie demanderesse doit établir: son apport; l'enrichissement du patrimoine de l'autre; le lien de causalité entre les deux (qui doit être «adéquat» mais qui n'a pas à être rigoureux), et la proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement. Elle doit également faire la preuve d'un appauvrissement concomitant et d'une absence de justification à l'enrichissement. Dans l'appréciation de tous ces éléments, c'est l'approche globale, souple et généreuse qui doit prévaloir.

En examinant les faits en vertu de l'art. 559 C.c.Q., le juge de première instance ne doit pas privilégier les apports facilement quantifiables. Il doit, dans un premier temps, soupeser l'ensemble des apports des conjoints sans faire de distinction entre les contributions au mariage et celles au patrimoine. Les apports dits «domestiques» ou «conjugaux» font partie de l'évalua-

matrimonial situation of the parties and must not be excluded a priori because of their nature. The distinction between contributions to the marriage and contributions to the patrimony is only used in determining justification.

The contracts concluded between the parties may be a "justification" for the enrichment of one of the spouses. Although in a compensatory allowance context marriage contracts and the matrimonial regime are not binding on the trial judge, they are relevant factors in assessing the parties' circumstances and their intentions. Article 559 C.C.Q. provides that the trial judge must take into account the advantages of the matrimonial regime and marriage contract. However, the weight and effect to be given to them are left to his discretion. In the case of a contract of sale or gift between spouses, the trial judge must decide what the parties intended at the time the contract in question was entered into. To do this, he must examine the lifestyle chosen and arrangements made by the parties during their marriage.

Article 559 C.C.Q. is an equitable provision which gives the trial judge a very large measure of discretion in granting a compensatory allowance. There are many factors which may be legitimately considered. For an appellate court to intervene, the trial judge's error must be obvious. In the present case, the Court of Appeal should not have intervened. The record contained evidence which justified the trial judge in exercising his discretion to deny the claim for a compensatory allowance. The respondent could never have benefited from the quality of life connected with living in a single-family house without the appellant's father's loan. This practically interest-free loan and the appellant's extra income helped the respondent to make his payments. The repayment of the hypothecary loan did not really impoverish the respondent, since he would in any case have had to house his family and he benefited from the use of a house at very moderate cost. The appellant's enrichment is justified by her prudent management and by the respondent's contributions to the marriage. It is also justified by the fact that she gave up her career and worked only part-time for a number of years. During this time the respondent was paying into a pension fund. In this situation, it is reasonable to think that the house was intended as a patrimony for the appellant to compensate for her withdrawal from the labour market. The respondent never asked that the property also be put in his name. The trial judge viewed the parties' matrimonial situation from an overall perspective, without being caught up in figures and without attaching undue impor-

tion globale de la situation matrimoniale des parties et ils ne doivent pas être à priori écartés en raison de leur nature. La distinction entre les contributions au mariage et celles au patrimoine n'est retenue qu'à titre d'élément pertinent à la justification.

Les contrats intervenus entre les parties peuvent constituer une « justification » à l'enrichissement d'un des conjoints. Bien que dans le contexte de la prestation compensatoire les contrats de mariage et le régime matrimonial ne lient pas le juge des faits, ils constituent des éléments pertinents pour apprécier les circonstances des parties et leurs intentions. L'article 559 C.c.Q. dispose que le juge des faits doit tenir compte des avantages qui résultent du régime matrimonial ou du contrat de mariage. Le poids et l'effet qui leur seront accordés sont cependant laissés à son appréciation. Dans le cas d'un contrat de vente ou de donation entre époux, le juge des faits doit décider quelle était l'intention des parties au moment où le contrat en question a été conclu. Il doit, pour ce faire, examiner les choix de vie et arrangements faits par les parties durant leur mariage.

L'article 559 C.c.Q. constitue une mesure d'équité qui accorde au juge du procès une très large part de discrétion dans l'octroi d'une prestation compensatoire. Nombreux sont les facteurs susceptibles de considération légitime. Pour qu'un tribunal d'appel intervienne, l'erreur du juge de première instance doit être tout à fait évidente. En l'espèce, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir. Le dossier contient des éléments qui justifient l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande de prestation compensatoire. L'intimé n'aurait jamais pu bénéficier de la qualité de vie reliée au fait de vivre dans une maison unifamiliale sans le prêt du père de l'appelante. Ce prêt, pratiquement sans intérêt, et les revenus d'appoint de l'appelante ont aidé l'intimé à effectuer ses paiements. Le remboursement du prêt hypothécaire n'a pas vraiment appauvri l'intimé puisqu'il devait, de toute façon, loger sa famille et qu'il a pu profiter de l'usage d'une maison pour un prix très modique. L'enrichissement de l'appelante se justifie par sa gestion prudente et par les contributions de l'intimé au mariage. Il se justifie également par le fait qu'elle a délaissé sa carrière en ne travaillant qu'à temps partiel durant de nombreuses années. Pendant ce temps, l'intimé capitalisait dans un fonds de pension. Dans ce contexte, il est donc raisonnable de croire que la maison était destinée à constituer un patrimoine à l'appelante pour compenser son retrait du marché du travail. Jamais l'intimé n'a demandé que la propriété soit aussi mise à son nom. Le juge des faits a évalué la situation matrimoniale des parties d'une façon

tance to the question of the house alone. There was no reason to vary his findings.

Cases Cited

Considered: *Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259; **referred to:** *Lebrun v. Rodier*, [1978] C.A. 380; *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *Droit de la famille—873*, [1990] R.D.F. 616; *Droit de la famille—866*, [1990] R.J.Q. 1833; *Droit de la famille—144*, [1987] R.J.Q. 253; *Droit de la famille—519*, [1988] R.D.F. 349; *Droit de la famille—391*, [1987] R.J.Q. 1988; *Sabourin v. Charlebois*, [1982] C.A. 361; *Droit de la famille—698*, [1989] R.J.Q. 2261.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Quebec, arts. 462.14 [ad. 1989, c. 55, s. 8], 462.17 [*idem*], 559 [ad. 1980, c. 39, s. 1; rep. 1989, c. 55, s. 23].

Authors Cited

Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. Wilson & Lafleur, 1985.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 271, 21 R.F.L. (3d) 265, 20 Q.A.C. 111, reversing a judgment of the Superior Court dismissing the respondent's claim for a compensatory allowance. Appeal allowed.

Nathalie Croteau and *Carole De Lagrave*, for the appellant.

Micheline Parizeau, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—The issue in this case is whether the trial judge, in refusing to grant the respondent P.L. a compensatory allowance, exceeded the discretion conferred on him under the old art. 559 of the *Civil Code of Quebec* (“C.C.Q.”). Article 559 has since been replaced by art. 462.14 C.C.Q.

globale, sans tomber dans le piège des chiffres et sans s'attacher indûment à la seule question de la maison. Il n'y avait aucune raison de modifier ses conclusions.

a Jurisprudence

Arrêt examiné: *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259; **arrêts mentionnés:** *Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380; *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Droit de la famille—873*, [1990] R.D.F. 616; *Droit de la famille—866*, [1990] R.J.Q. 1833; *Droit de la famille—144*, [1987] R.J.Q. 253; *Droit de la famille—519*, [1988] R.D.F. 349; *Droit de la famille—391*, [1987] R.J.Q. 1988; *Sabourin c. Charlebois*, [1982] C.A. 361; *Droit de la famille—698*, [1989] R.J.Q. 2261.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 462.14 [aj. 1989, ch. 55, art. 8], 462.17 [*idem*], 559 [aj. 1980, ch. 39, art. 1; abr. 1989, ch. 55, art. 23].

e Doctrine citée

Caparros, Ernest. *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd. Wilson & Lafleur, 1985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 271, 21 R.F.L. (3d) 265, 20 Q.A.C. 111, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure rejetant la demande de prestation compensatoire de l'intimé. Pourvoi accueilli.

Nathalie Croteau et *Carole De Lagrave*, pour l'appelante.

Micheline Parizeau, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER—Il s'agit en l'espèce de décider si le juge de première instance a, en refusant d'attribuer une prestation compensatoire à l'intimé P.L., outrepassé la discrétion qui lui était conférée par l'ancien art. 559 du *Code civil du Québec* («C.c.Q.»). L'article 559 a depuis été remplacé par l'art. 462.14 C.c.Q.

I—Facts

The parties were married on September 4, 1965 under the separation of property regime. Two sons were born of this union, the first in 1966 and the second in 1972. During the marriage the appellant M.E.M. was primarily responsible for raising her children and looking after the family home. However, she worked part-time. The income she earned in this way was deposited into the family account. The respondent worked for Canada Post and earned only a modest income.

On June 30, 1965, two months before the marriage, the appellant bought a house in Pointe-aux-Trembles for \$13,000. At that time the respondent paid \$1,000 and the appellant \$2,000 as a deposit. The balance of the sale price was financed by the appellant's father, who made his daughter a loan of \$10,000 secured by a hypothec and bearing interest at 4 percent per annum. From 1965 to 1970, the respondent paid his father-in-law \$10,030 in repayment of capital and interest. During that period he also paid the taxes and insurance on this first house and did some renovation work.

The house was resold in July 1971 for \$14,000. The appellant used this amount to buy a new house for \$19,000. Once again, the appellant was the sole owner of the house. The balance of the sale price, namely \$5,000, was again lent by the appellant's father to his daughter, this time as a personal loan. When the lender died in 1975, the respondent had repaid \$2,200 in capital. The appellant's mother, as her husband's sole heir, made her daughter and son-in-law a present of the balance of \$2,800. From 1971 until early 1981, when the parties separated, the taxes, insurance and other expenses relating to the house were paid by the respondent. The respondent also did renovation work.

The decree nisi was granted by Paul Reeves J. on December 21, 1984. At the time of the divorce the evidence placed the value of the house at \$54,000. Reeves J. dismissed the claim for a

I—Exposé des faits

Les parties se marient le 4 septembre 1965 sous le régime de la séparation de biens. De cette union naissent deux fils, le premier en 1966 et le deuxième en 1972. Durant le mariage, l'appelante M.E.M. se consacre principalement à élever ses enfants et à s'occuper du domicile familial. Elle travaille cependant à temps partiel. Les revenus qu'elle gagne de cette façon sont versés dans le compte à l'usage de la famille. L'intimé, pour sa part, est à l'emploi de Postes Canada où il ne gagne que de modestes revenus.

Le 30 juin 1965, soit deux mois avant le mariage, l'appelante achète une maison à Pointe-aux-Trembles au prix de 13 000 \$. L'intimé verse alors 1 000 \$ et l'appelante 2 000 \$ à titre de dépôt. Le solde du prix de vente est financé par le père de l'appelante, qui consent à sa fille un prêt de 10 000 \$, garanti par hypothèque et portant intérêt à un taux de 4 p. 100 par année. De 1965 à 1970, l'intimé verse à son beau-père la somme de 10 030 \$ en remboursement du capital et des intérêts. Durant cette période, il paie aussi les taxes et les assurances se rapportant à cette première maison et procède à divers travaux d'amélioration.

La maison est revendue en juillet 1971, au prix de 14 000 \$. L'appelante utilise ce montant pour acheter une nouvelle résidence au coût de 19 000 \$. L'appelante est, encore une fois, propriétaire unique de la maison. Le solde du prix de vente, soit 5 000 \$, est de nouveau prêté par le père de l'appelante à sa fille, à titre de prêt personnel cette fois. Au moment du décès du prêteur en 1975, l'intimé aura remboursé 2 200 \$ en capital. La mère de l'appelante, en tant qu'unique héritière de son mari, fait cadeau du solde de 2 800 \$ à sa fille et à son gendre. De 1971 jusqu'au début de 1981, date à laquelle les parties se séparent, c'est l'intimé qui acquitte les taxes, assurances et autres charges se rapportant à la maison. L'intimé effectue également des travaux d'amélioration.

Le jugement conditionnel de divorce est prononcé par le juge Paul Reeves le 21 décembre 1984. Au moment du divorce, la preuve établit la valeur de la maison à 54 000 \$. Le juge Reeves

\$40,000 compensatory allowance made by the respondent. He gave the appellant custody of the minor child and ordered the respondent to pay an alimentary pension of \$40 a week for that child. The respondent appealed.

On January 9, 1989 the Court of Appeal, *per Vallerand and Rothman J.J.A. and Fortin J. (ad hoc)*, affirmed the trial judgment as to the alimentary pension. However, Vallerand J.A. and Fortin J. ordered the appellant to pay the respondent a compensatory allowance of \$40,000 within one year. Rothman J.A. dissented on this point. It is this aspect of the decision which is now the subject of this appeal.

II—Applicable Legislation

Civil Code of Quebec

559. The court, in granting a divorce, may order either spouse to pay to the other, as consideration for the latter's contribution, in goods or services, to the enrichment of the patrimony of the former, an allowance payable immediately or by instalments, taking into account, in particular, the advantages of the matrimonial regime and marriage contract.

The compensatory allowance may be paid, wholly or in part, by the granting of a right of ownership, use or habitation in accordance with articles 458 to 462.

III—Judgments Below

Superior Court

Reeves J. began by stating that art. 559 *C.C.Q.* is an exceptional provision which must be applied in light of the other provisions of the *Civil Code* and the contractual agreements between the parties:

[TRANSLATION] Article 559, which is an exceptional provision, must not override the provisions of the Code governing the conduct of the parties at the time of their marriage, when they have determined their contractual regime and concluded their marriage contract, when they have later each acquired reserved property, when during the marriage the parties have contributed time and energy to increasing the comfort and amenities of their married life.

rejette la demande de prestation compensatoire de 40 000 \$ présentée par l'intimé. Il confie la garde de l'enfant mineur à l'appelante, et ordonne à l'intimé de payer une pension alimentaire de 40 \$ par semaine pour cet enfant. L'intimé interjette appel.

Le 9 janvier 1989, la Cour d'appel, sous la plume des juges Vallerand, Rothman et Fortin (*ad hoc*), confirme le jugement de première instance quant à la pension alimentaire. Les juges Vallerand et Fortin condamnent cependant l'appelante à verser à l'intimé une prestation compensatoire de 40 000 \$ dans un délai d'un an. Le juge Rothman est dissident sur cette question. C'est cet aspect de la décision qui fait l'objet du présent pourvoi.

II—Disposition législative pertinente

Code civil du Québec

559. Au moment où il prononce le divorce, le tribunal peut ordonner à l'un des époux de verser à l'autre, en compensation de l'apport, en biens ou services, de ce dernier à l'enrichissement du patrimoine de son conjoint, une prestation payable au comptant ou par versements, en tenant compte, notamment, des avantages que procurent le régime matrimonial et le contrat de mariage.

Cette prestation compensatoire peut être payée, en tout ou en partie, par l'attribution d'un droit de propriété, d'usage ou d'habitation, conformément aux articles 458 à 462.

III—Jugements des instances inférieures

Cour supérieure

Le juge Reeves commence par déclarer que l'art. 559 *C.c.Q.* est une disposition d'exception et qu'il doit être appliqué en tenant compte des autres dispositions du *Code civil* et des ententes contractuelles intervenues entre les parties:

L'article 559, qui est d'exception, ne doit pas primer sur les dispositions du code qui gouvernaient la conduite des parties lors de la conclusion de leur mariage, lorsqu'elles ont déterminé leur régime contractuel et conclu leur contrat de mariage, lorsqu'elles ont ensuite acquis, de part et d'autre, des biens réservés, lorsque les parties ont, durant le mariage, contribué du temps et de l'énergie pour le confort et l'agrément de leur vie commune.

He defined the contribution referred to in art. 559 as follows:

[TRANSLATION] The contribution to increasing the other's patrimony is something in the nature of a surplus, something beyond the everyday, normal and even generous contributions made by each party, in the ordinary course of family life.

In this case, where the house belongs to the wife but it is the husband who has been responsible for repaying the hypothecary loan and for paying the taxes and insurance premiums, Reeves J. concluded that the husband's contributions may be regarded as equivalent to the payment of rent and may also be considered as corresponding to a choice of quality of life. He described the situation of the parties here as follows:

[TRANSLATION] In the case at bar, this was not a house "bought" by the husband in his wife's name. The applicant's father lent the money necessary to purchase the house. Had it not been for that contribution, the parties would have lived modestly in rented premises, without being able to create any patrimonial asset. . . . The argument that the hypothec payments made by the respondent were neither more nor less than he would have had to pay in rent is a valid one. In return, he undoubtedly enjoyed a special measure of satisfaction from the quality of life inherent in the ownership and occupancy of a single-family home. . . . It is true that the respondent was responsible for maintaining, painting and doing some repair work on the house. Is this an extraordinary contribution? The answer has to be no. It is a common and virtually universal sharing of duties regularly performed by every spouse.

As to the fact that the wife was sole owner of the house, the judge added:

[TRANSLATION] Throughout these years, the applicant agreed to his wife being the owner. He did not make any attempt to become co-owner.

He examined the contributions made by each party and found them virtually equivalent:

[TRANSLATION] . . . the consideration for the respondent's contribution in time, energy and work consisted over the weeks, months and years in the prudent, and perhaps in the eyes of the respondent-applicant, too economical, management of the household affairs by his wife.

Il définit ainsi l'apport prévu à l'art. 559:

L'apport à l'accroissement du patrimoine de l'autre est quelque chose de la nature d'un surplus, quelque chose au-delà des contributions habituelles, normales et même généreuses de chaque partie, dans le cours de la vie normale d'une famille.

Dans ce cas où la maison appartient à l'épouse mais où c'est l'époux qui assume le remboursement du prêt hypothécaire et le paiement des taxes et des primes d'assurances, le juge Reeves conclut que les contributions de l'époux peuvent d'une part être considérées comme équivalant au paiement d'un loyer et d'autre part être analysées comme correspondant à un choix de qualité de vie. Il décrit ainsi la situation des parties en l'espèce:

Dans l'espèce, il ne s'agit pas d'une maison «achetée» par le mari au nom de sa femme. Le père de la requérante a prêté l'argent nécessaire à l'acquisition de la maison. N'eût été de cette contribution, les parties auraient vécu modestement à loyer, sans qu'aucun actif patrimonial n'ait pu être créé. [. . .] Est juste l'argument que les paiements d'hypothèque par l'intimé n'étaient, ni plus ni moins, que ceux qu'il aurait eu à payer en loyer. En contre-partie, il a indubitablement joui des satisfactions particulières de la qualité de vie propre au fait de posséder une maison unifamiliale et d'y vivre. [. . .] Il est vrai que l'intimé s'est chargé d'entretenir, de peindre, de faire un peu de bricolage. Y a-t-il là une contribution extraordinaire? Il faut répondre négativement. C'est là un partage commun et presque universel de tâches que chaque conjoint assume de façon courante.

Quant au fait que c'est l'épouse qui est propriétaire unique de la maison, le juge ajoute:

Pendant toutes ces années, le requérant acceptait que son épouse fut propriétaire. Il n'a nullement cherché à devenir co-propriétaire.

Il examine les apports de part et d'autre, et les trouve à peu près équivalents:

. . . la contrepartie de l'apport de l'intimé en temps, en énergie et en travail se trouvait au fil des semaines, des mois et des années, dans la gestion prudente et peut-être, aux yeux de l'intimé-requérant, trop économe des affaires du ménage par son épouse.

The judge accordingly concluded that there was no real, significant contribution which the court could take into account in order to grant P.L.'s claim for a compensatory allowance, even in part.

Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 271 (*sub nom. Droit de la famille—594*)

Vallerand J.A.

Vallerand J.A. allowed P.L.'s appeal on the question of the compensatory allowance and ordered M.E.M. to pay him a compensatory allowance of \$40,000.

He began by setting out certain principles applicable to compensatory allowances which in his opinion are well established. First, he noted that it is the contribution to the patrimony which is the basis of the allowance, and observed that the payment by one spouse of the price of property owned by the other is an "obvious" contribution to the patrimony.

The judge went on to say that contributions to patrimony and contributions to the marriage should not be confused (at pp. 273-74):

[TRANSLATION] The fact that one spouse provides the other and their children with free accommodation in a house owned by him or her seems to me to be more a matter of a contribution to the marriage than a contribution to the patrimony of the spouse who is thus provided with free shelter. In my opinion, with all due respect, holding the contrary would be to return to the position that *everything* done by one for the other must be accounted for . . .

The equation made by the trial judge and our colleague Rothman J.A. between payment of the capital cost of the house on the one hand and on the other the free accommodation seems to me to lead to the set-off between a contribution to the patrimony and a contribution to the marriage. [Emphasis in original.]

He accordingly chose not to consider the payments by P.L. for interest on the capital, insurance or heating since, in the case at bar, these were [TRANSLATION] "contributions to the marriage, to the family which should not be credited to the recipient of the compensatory allowance" (p. 274).

Le juge conclut donc qu'il n'y a pas d'apport véritable et appréciable dont la cour puisse tenir compte pour accorder à P.L. sa demande en prestation compensatoire, ne fut-ce que partiellement.

Cour d'appel, [1989] R.J.Q. 271 (*sub nom. Droit de la famille—594*)

Le juge Vallerand

Le juge Vallerand accueille l'appel interjeté par P.L. sur la question de la prestation compensatoire et condamne M.E.M. à payer à celui-ci une prestation compensatoire de 40 000 \$.

Il commence d'abord par exposer certains principes qui, en matière de prestation compensatoire, lui semblent bien établis. Il souligne tout d'abord que c'est la contribution au patrimoine qui débouche sur la prestation, et constate que le paiement par un conjoint du prix d'un immeuble appartenant à l'autre constitue une contribution au patrimoine «évidente».

Le juge poursuit en déclarant que l'on ne doit pas confondre la contribution au patrimoine et la contribution au mariage (aux pp. 273 et 274):

Le fait qu'un conjoint héberge gratuitement son conjoint et leurs enfants dans la maison dont il est propriétaire me paraît relever beaucoup plus d'une contribution au mariage que d'une contribution au patrimoine du conjoint ainsi dispensé de faire les frais de son abri. Statuer autrement serait, à mon sens et avec tous égards, revenir à cette thèse qui veut que *tout* ce qu'on fait l'un pour l'autre doit être comptabilisé; . . .

L'équation que font le premier juge et notre collègue Rothman entre le paiement du prix en capital de la maison, d'une part, et, de l'autre, le logement gratuit me semble déboucher sur la compensation entre une contribution au patrimoine et une contribution au mariage. [En italique dans l'original.]

Il choisit donc de ne pas considérer les paiements par P.L. des intérêts sur le capital, des assurances ou du chauffage puisque ce sont là, en l'espèce, «des contributions au mariage, à la famille qu'il ne convient pas de porter au crédit du créancier de la prestation compensatoire» (p. 274).

Vallerand J.A. considered it was not necessary to take the work done by the husband into account, since in his opinion the latter was entitled to the compensatory allowance he was claiming solely on the basis of the hypothecary payments. He set P.L.'s monetary contribution at 73 1/3 percent of the \$18,000 [sic] which the second house cost. Since the house was worth \$54,000 at the time of the divorce, therefore, the husband was entitled to \$39,600, an amount which the judge rounded off to \$40,000, the amount claimed as a compensatory allowance.

Fortin J. (ad hoc)—Concurring

Fortin J. set the compensatory allowance at \$40,000. He rejected the conclusions of the trial judge, who regarded the repayment of the hypothecary loan as equivalent to the payment of rent and emphasized the contribution made by M.E.M.'s father (at p. 282):

[TRANSLATION] The respondent's father did not make her a gift, but an interest-bearing loan just as any financial institution would have done, except that the latter probably would not have been satisfied with the guarantees provided by the borrower. The father's contribution consisted of the credit granted to his daughter, and indirectly to his son-in-law. I find it hard to accept that the hypothecary payments made by the appellant are nothing more or less than those he would have paid as rent, if one adds the interest, taxes and property insurance, to mention only those items. If in 1971, after having the benefit of adequate accommodation, the parties ended up with a property paid for in full, all things being equal, the positions of tenant and owner certainly are not equivalent to each other. The same is true for the second property.

Fortin J. considered that P.L.'s repayment of the loan was a contribution and that this contribution had enriched his wife's patrimony. He characterized the improvements and repairs to the two properties in the same way. He then made certain detailed calculations of the salaries, amounts deposited in the bank accounts, investments and so on, finally concluding that the allowance claimed was justified.

Le juge Vallerand estime qu'il n'est pas nécessaire de tenir compte des travaux effectués par l'époux puisqu'il est d'avis que celui-ci a droit à la prestation compensatoire qu'il réclame sur la seule base des paiements d'hypothèque. Il évalue cette contribution monétaire de P.L. à 73 1/3 p. 100 des 18 000 \$ (sic) qu'a coûté la deuxième maison. Puisque la maison vaut 54 000 \$ au moment du divorce, l'époux a donc droit à 39 600 \$, somme que le juge arrondit à 40 000 \$, soit le montant réclamé à titre de prestation compensatoire.

Le juge Fortin (ad hoc)—opinion concordante

Le juge Fortin établit la prestation compensatoire à 40 000 \$. Il rejette les conclusions du juge de première instance qui considérait le remboursement du prêt hypothécaire comme équivalant au paiement d'un loyer et qui insistait sur la contribution du père de M.E.M. (à la p. 282):

Le père de l'intimée ne lui a pas fait un don mais un prêt à intérêt tout comme une institution financière, sauf que celle-ci n'aurait probablement pas été satisfaite des garanties offertes par l'emprunteur. La contribution du père se résume au crédit accordé à sa fille et indirectement à son gendre. J'accepte difficilement que les paiements d'hypothèque par l'appellant soient ni plus ni moins ceux qu'il aurait payés comme loyer si on ajoute les intérêts, les taxes et l'assurance immobilière pour ne nous en tenir qu'à ces chiffres. Si en 1971, après avoir bénéficié d'un logement convenable, les parties terminent cet exercice avec un immeuble entièrement payé, toutes choses égales, il n'y a certes pas équivalence de situation entre locataire et propriétaire. Il en est ainsi pour le deuxième immeuble.

Le juge Fortin considère que le remboursement du prêt par P.L. constitue un apport et que cet apport a enrichi le patrimoine de son épouse. Il qualifie les améliorations et réparations aux deux immeubles de la même façon. Il se livre ensuite à de nombreux calculs détaillés des salaires, sommes déposées dans les comptes de banque, investissements, etc., pour finalement conclure que la prestation réclamée est justifiée.

Rothman J.A.—Dissenting

According to Rothman J.A., the main problem raised by this case was to determine whether the trial judge erred in denying the compensatory allowance to P.L. despite the latter's contribution to the purchase and maintenance of the house owned by his wife.

Rothman J.A. saw nothing in the renovation work done by P.L. to justify compensation under art. 559 C.C.Q. Additionally, he characterized the payment of the insurance premiums and taxes as "alimentary" just as the payment of rent would be; those contributions therefore did not provide a basis for a compensatory allowance either.

Rothman J.A. then considered the repayment of the loan by the husband. He noted that throughout these years P.L. had paid his father-in-law only \$30 in interest. He pointed out that the purchase of the two houses would never have taken place without the help of M.E.M.'s father, who lent his daughter almost the whole price on very favourable terms. He also considered that the equation made by Reeves J. between these hypothecary payments and rent was correct in the circumstances (at pp. 276-77):

Seen in this context, appellant's payments did no more than help provide housing for himself and his family at a cost that was not excessive or exaggerated. If respondent's patrimony was enriched by these payments, there was nothing unjustified about the enrichment. Appellant benefitted personally in having a place to live for himself and his family. He had a legal obligation to contribute towards the expenses of the marriage in accordance with his means (*Article 445 C.C.Q.*) and this certainly included the obligation to contribute to adequate housing, whether by way of rent or otherwise.

He accordingly concluded (at p. 277):

With respect for the contrary opinion, I would therefore not disturb the conclusion of the trial judge that the payments made by appellant do not justify a compensatory allowance. These payments did not, in my view, unjustifiably enrich respondent's patrimony.

Le juge Rothman—dissident

Selon le juge Rothman, le principal problème soulevé par cette affaire consiste à déterminer si le juge de première instance a erré en refusant la prestation compensatoire à P.L. malgré la contribution de celui-ci à l'achat et à l'entretien de la maison appartenant à son épouse.

Le juge Rothman ne voit rien dans les travaux d'amélioration effectués par P.L. qui justifie une compensation en vertu de l'art. 559 C.c.Q. Il qualifie par ailleurs le paiement des primes d'assurance et des taxes d'«alimentaire», tout comme le serait le paiement d'un loyer; ces contributions ne donnent donc pas non plus ouverture à une prestation compensatoire.

Le juge Rothman examine ensuite le remboursement du prêt par l'époux. Il constate que P.L. n'a, durant toutes ces années, payé que 30 \$ d'intérêt à son beau-père. Il souligne que l'achat des deux maisons n'aurait jamais eu lieu sans l'aide du père de M.E.M., qui prête à sa fille la presque totalité du prix à des conditions très avantageuses. Il considère de plus que l'équation que fait le juge Reeves entre ces paiements hypothécaires et un loyer est correcte en l'espèce (aux pp. 276 et 277):

[TRADUCTION] Vus dans ce contexte, les paiements de l'appelant n'ont rien fait de plus qu'aider à fournir un logement pour lui-même et sa famille à un coût qui n'était ni excessif ni exagéré. Si le patrimoine de l'intimée a été enrichi par ces paiements, cet enrichissement n'a rien d'injustifié. L'appelant a bénéficié personnellement d'un endroit où lui-même et sa famille ont vécu. Il avait une obligation légale de contribuer aux charges du mariage suivant ses facultés (*article 445 C.c.Q.*) et cela comprenait certainement l'obligation de contribuer à un logement adéquat, que ce soit par location ou autrement.

Il conclut donc (à la p. 277):

[TRADUCTION] En toute déférence pour ceux qui sont d'opinion contraire, je ne modifierais donc pas la conclusion du juge de première instance que les paiements faits par l'appelant ne justifient pas une prestation compensatoire. À mon avis, ces paiements n'ont pas enrichi injustement le patrimoine de l'intimée.

The claim for a compensatory allowance under *Article 559 C.C.Q.* is a claim founded on the equitable principle of unjustified enrichment or "enrichissement sans cause". It is not every contribution made by one spouse to the other that will give rise to a compensatory allowance on divorce. To support a claim under *Article 559 C.C.Q.*, there must, of course, be a contribution by one spouse which has enriched the patrimony of the other spouse and caused a corresponding impoverishment to the patrimony of the contributing spouse. But it is essential, as well, that the enrichment be unjustified or without cause.

Rothman J.A. summarized as follows the points in favour of upholding the trial judge's decision (at p. 279):

With respect, I do not think that, in allocating to appellant the lion's share of the capital appreciation of these properties, we would be reflecting respondent's undisputed ownership rights in the houses, the loans by her father, or the fact that appellant contributed no more to the capital cost of the properties than \$13,200, apparently without even paying the interest due on the loans to respondent's father.

Rothman J.A. would accordingly not have granted the allowance to P.L.

IV—Issues

The appellant submitted the following issues to the Court:

[TRANSLATION]

—What approach should be taken in considering the facts on a claim for a compensatory allowance under art. 559 C.C.Q.?

—What types of contribution, in goods or services, may contribute to the enrichment of the patrimony of a spouse?

V—Analysis

Unlike the facts in *Lacroix v. Valois*, [1990] 2 S.C.R. 1259, the particular circumstances of this appeal now give the Court an opportunity to express its opinion on a number of questions concerning the rules for awarding a compensatory allowance.

La demande de prestation compensatoire en vertu de l'*article 559 C.c.Q.* est une demande fondée sur le principe équitable de l'enrichissement sans cause. Ce ne sont pas toutes les contributions faites par un époux à l'autre qui donneront lieu à une prestation compensatoire au moment du divorce. Il va sans dire qu'une demande en vertu de l'*article 559 C.c.Q.* doit être appuyée par une contribution faite par un époux qui a enrichi le patrimoine de l'autre et causé un appauvrissement correspondant du patrimoine de l'époux qui a contribué. Mais il est tout de même essentiel que l'enrichissement soit injustifié ou sans cause.

Le juge Rothman résume ainsi les facteurs qui militent en faveur du maintien de la décision du juge de première instance (à la p. 279):

[TRADUCTION] En toute déférence, je ne crois pas que, en accordant à l'appelante la plus grande partie de la plus-value de ces biens, nous ferions ressortir les droits de propriété incontestés de l'intimée relativement aux maisons, les prêts consentis par son père, ou le fait que l'appelant n'a pas fourni plus que 13 200 \$ comme contribution au coût en capital des biens, apparemment en ne payant même pas l'intérêt dû au père de l'intimée sur les prêts.

Le juge Rothman n'aurait donc pas accordé de prestation à P.L.

IV—Questions en litige

L'appelante soumet à la Cour les questions suivantes:

—Quelle approche doit être adoptée pour examiner les faits en matière de demande de prestation compensatoire en vertu de l'article 559 C.c.Q.?

—Quels types d'apport, en biens ou en services, peuvent contribuer à l'enrichissement du patrimoine d'un conjoint?

V—Analyse

Contrairement aux faits de l'affaire *Lacroix c. Valois*, [1990] 2 R.C.S. 1259, les circonstances particulières du présent pourvoi permettent aujourd'hui à la Cour de se prononcer sur un certain nombre de questions portant sur les règles devant régir l'attribution d'une prestation compensatoire.

Before going further, however, it is important to look at the historical background of art. 559 C.C.Q. so as to gain a better understanding of the problem which this provision was intended to rectify.

Article 559 C.C.Q. and the "Mischief" Rule

Article 559 C.C.Q. was adopted to remedy the lack of legislation providing for other than alimentary claims in the event of a separation or divorce. Until 1982 the Quebec courts found that the legislation in effect did not provide for a redistribution of the patrimony between spouses. Mayrand J.A. wrote that:

[TRANSLATION] In the present state of the law, the labour of both spouses can only enrich one of them without proportional recompense for the other. This is the foreseeable risk which spouses married under separation of property take and which only a legislative amendment or an agreement between the spouses could eliminate.

(*Lebrun v. Rodier*, [1978] C.A. 380, at p. 381.)

This situation was especially intolerable as the great majority of couples divorcing at that time were married under the separation of property regime, and in these more "traditional" couples, the wife generally had to forgo working outside the home in order to look after the family and had no assets in her patrimony. The "mischief" which the Quebec legislature clearly intended to correct was therefore this situation of spouses, usually wives, married under the regime of separation of property who found themselves destitute upon divorce. This Court indeed wrote in *Lacroix v. Valois*, *supra*, at p. 1276, that the compensatory allowance

is clearly intended to mitigate the injustices produced by the implementation of a freely adopted matrimonial regime. . . .

The mechanism adopted by the legislature to correct these injustices between spouses was limited in nature, affecting only situations in which the patrimony of one spouse was enriched as the

Avant de procéder plus avant sur cette voie, il convient cependant de situer l'art. 559 C.c.Q. dans une perspective historique qui nous permettra de mieux apprécier le problème que cette disposition visait à corriger.

L'article 559 C.c.Q. et la règle de la «situation à réformer»

L'article 559 C.c.Q. a été adopté pour remédier à l'absence de législation permettant un recours autre qu'alimentaire lors de la séparation ou du divorce. En effet, jusqu'en 1982, les tribunaux québécois constataient que la législation en vigueur ne permettait pas d'effectuer une redistribution du patrimoine entre conjoints. Le juge Mayrand écrivait ainsi:

Dans l'état actuel du droit, le labeur des deux époux peut n'enrichir que l'un d'eux sans récompense proportionnelle pour l'autre. C'est là le risque prévisible que les époux séparés de biens assument et que seul un amendement législatif ou une convention entre époux pourrait faire disparaître.

(*Lebrun c. Rodier*, [1978] C.A. 380, à la p. 381.)

Cette situation était d'autant plus intolérable que la très grande majorité des couples qui divorçaient alors étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, et que, dans ces couples plus «traditionnels», l'épouse avait généralement renoncé à travailler à l'extérieur du foyer pour s'occuper de la famille et n'avait aucun bien dans son patrimoine. Le *mischief* auquel le législateur québécois cherchait visiblement à remédier était donc cette situation des conjoints, le plus souvent des femmes, mariés sous le régime de la séparation de biens et qui se retrouvaient démunies lors du divorce. Cette Cour a d'ailleurs écrit dans *Lacroix c. Valois*, précité, à la p. 1276, que la prestation compensatoire

visait manifestement à pallier les injustices engendrées à l'occasion de la réalisation d'un régime matrimonial librement choisi . . .

Le mécanisme retenu par le législateur pour redresser ces injustices entre conjoints était de portée restreinte, étant limité aux situations d'enrichissement du patrimoine de l'un des époux grâce à

result of a contribution in goods and services by the other. As a result of the wording of art. 559, the courts established a connection between the action for a compensatory allowance and the action for unjust enrichment. They thereby set out a number of elements to be considered by the trial judge in examining the situation of the parties. Certain of these elements were adopted by the Court in *Lacroix v. Valois*.

The wording of art. 559 does not allow for a true redistribution of assets: this was noted by the Court in *Lacroix v. Valois*. This situation has in fact since been altered with the adoption of measures creating the family patrimony. The wording of art. 559 C.C.Q. left no doubt, however, as to the remedial and truly equitable nature of this provision. Article 559 C.C.Q. thus gives the trial judge a very large measure of discretion in granting a compensatory allowance: "The court . . . may order . . .". (Emphasis added.) I shall return to this notion of the essentially discretionary nature of the remedy provided by art. 559 C.C.Q.

Judicial Debate

The wording of art. 559 C.C.Q. has given rise to considerable judicial and academic debate as to the rules that should govern the granting of an allowance. One of these controversies concerned the nature of the causal connection that must exist between the contribution and the enrichment: this point was dealt with in *Lacroix v. Valois*.

Other disagreements still exist on the following points:

- (1) the nature of the contributions which may be a basis for the application of art. 559;
- (2) the existence of constituent elements other than those set out by the Court in *Lacroix v. Valois*, at p. 1277;
- (3) the weight that should be given to contracts (sales, gifts) between the parties: this question arises especially in cases where the family resi-

l'apport en biens et services de l'autre. En raison du libellé de l'art. 559, les tribunaux ont établi une parenté entre le recours en prestation compensatoire et l'action pour enrichissement sans cause. Ils ont par le fait même élaboré une série d'éléments à considérer par le juge de première instance dans son examen de la situation des parties. La Cour a d'ailleurs adopté certains de ces éléments dans *Lacroix c. Valois*.

La formulation de l'art. 559 n'autorise pas une véritable redistribution des actifs; la Cour l'a souligné dans *Lacroix c. Valois*. Cette situation a d'ailleurs été modifiée depuis avec l'adoption des mesures créant le patrimoine familial. Le libellé de l'art. 559 C.c.Q. ne laissait cependant pas de doute quant au caractère «remédiateur» et véritablement équitable de cette disposition. L'article 559 C.c.Q. alloue ainsi au juge du procès une très large part de discrétion dans l'octroi d'une prestation compensatoire: «le tribunal peut ordonner . . . ». (Je souligne.) Je reviendrai sur cette notion du caractère essentiellement discrétionnaire du remède prévu à l'art. 559 C.c.Q.

Débats jurisprudentiels

Le libellé de l'art. 559 C.c.Q. a donné lieu à de nombreux débats jurisprudentiels et doctrinaux quant aux règles devant régir l'octroi d'une prestation. Une de ces controverses portait sur la nature du lien de causalité qui doit exister entre l'apport et l'enrichissement; cette question a été traitée dans *Lacroix c. Valois*.

D'autres débats persistent néanmoins sur les questions suivantes:

- (1) la nature des apports qui peuvent donner ouverture à l'application de l'art. 559;
- (2) l'existence d'éléments constitutifs autres que ceux qui sont énoncés par la Cour dans *Lacroix c. Valois*, à la p. 1277;
- (3) le poids qui doit être attribué aux contrats (ventes, donations) intervenus entre les parties; cette question se pose particulièrement dans les cas

dence is in the name of one spouse (generally the wife) but was paid for by the other spouse.

These points partly overlap those submitted to the Court by the appellant in the case at bar. I shall therefore deal first with the appellant's arguments and then dispose of the three matters I have just mentioned.

Approach to be Taken in Considering the Facts on an Application for a Compensatory Allowance

The Court has already answered this question in the judgment rendered in *Lacroix v. Valois*. It is worth reproducing the relevant passage of that judgment, which is found at pp. 1277-78:

The elements which a party must establish in order to be awarded an allowance are stated by the Court of Appeal as follows . . .

- (1) his or her contribution;
- (2) the enrichment of his or her spouse's patrimony;
- (3) the causal link between the two;
- (4) the proportion in which the contribution made possible the enrichment.

This statement results from the wording of art. 559 and the natural incorporation of the remedy introduced by it into the general principles of civil law. I do not think there is any need to alter this statement, except to note that there must be great flexibility in evaluating the items it contains.

The Court of Appeal has quite properly pointed out many times in subsequent cases that these items must be viewed as a whole, by an assessment free of calculations made to the nearest dollar The matrimonial context is special in that the keeping of precise, penny-pinching accounts which could eventually be used as evidence in a court is hard to reconcile with the idea generally held of marriage as being a peaceful union

In general, therefore, analysis of the factual and legal aspects of a compensatory allowance situation calls for special flexibility. [Emphasis added.]

Accordingly, it is the overall, flexible and generous approach described in *Lacroix v. Valois*, which must prevail in assessing all the constituent ele-

où la résidence familiale est au nom d'un conjoint (généralement l'épouse) mais a été payée par l'autre conjoint.

Ces questions recourent partiellement les points que nous soumet l'appelante en l'espèce. Je traiterai donc d'abord des arguments de l'appelante, pour ensuite disposer des trois questions que je viens d'énoncer.

Approche à suivre dans l'examen des faits en matière de demande de prestation compensatoire

La Cour a déjà répondu à cette question dans le jugement rendu dans l'affaire *Lacroix c. Valois*. Il est utile de reproduire le passage pertinent de cette décision, qui se retrouve aux pp. 1277 et 1278:

Les éléments qu'une partie doit établir pour se voir attribuer une prestation sont énoncés comme suit par la Cour d'appel . . .

1. Son apport;
2. L'enrichissement du patrimoine de son conjoint;
3. Le lien de causalité entre les deux;
4. La proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement.

L'énoncé ci-haut résulte du libellé de l'art. 559 ainsi que de l'intégration naturelle du recours qu'il introduit aux principes généraux du droit civil. Je ne crois pas qu'il y ait lieu de revenir sur cet énoncé, si ce n'est pour rappeler la nécessité d'une grande souplesse dans l'évaluation des éléments constitutifs qu'il expose.

La Cour d'appel a précisé à maintes reprises et avec raison à l'occasion d'affaires subséquentes que ces éléments doivent être appréciés de façon globale, par une évaluation affranchie des calculs faits au dollar près [. . .] Le contexte matrimonial est particulier en ce que la tenue de comptes précis et mesquins pouvant éventuellement servir de preuve en justice paraît difficilement conciliable avec l'idée que l'on se fait généralement du lien matrimonial consacrant une union sereine . . .

D'une façon générale, l'analyse des éléments factuels et juridiques en matière de prestation compensatoire requiert donc une souplesse particulière. [Je souligne.]

C'est donc l'approche globale, souple et généreuse signalée dans *Lacroix c. Valois* qui doit prévaloir dans l'appréciation de tous les éléments

ments of art. 559 C.C.Q., and not only in examining the causal connection between the contribution and the enrichment.

Examining the Facts Under art. 559 C.C.Q.—Nature of the Contributions

In this Court the appellant argued that in interpreting art. 559 C.C.Q. the judge should not give priority to contributions which are readily quantifiable, but on the contrary should consider all contributions, whatever their form or nature. The appellant is clearly referring to the distinction between “contributions to the marriage” and “contributions to the patrimony” on which Vallerand J.A. based part of his analysis in the case at bar. This distinction entails a two-stage analysis: first, it must be determined what contributions are not normal contributions to the expenses of the marriage, and second, having excluded these ordinary contributions, it must be decided whether the patrimony of one spouse has been unjustly enriched by the contribution of the other.

The flexibility rule set out in *Lacroix v. Valois* must guide such an analysis. Applying this principle, all contributions must first be weighed, without any distinction being made between contributions to the marriage and contributions to the patrimony. So-called “domestic” or “conjugal” contributions must not be excluded a priori because of their nature, but should be part of the overall assessment of the matrimonial situation. This approach was indeed recommended by Beauregard J.A. (dissenting in part) in *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135, at p. 142:

[TRANSLATION] In doing so, does the judge require a direct contribution, rarely found between spouses, or a contribution of the type found in households every day, “diffuse, vague and general, though real”? The Code does not say. Why should a distinction be made where the legislature has not made one, especially when the provision is remedial in nature? It is hard to imagine that the legislature could have intended to remunerate a spouse whose salary has paid the hypothec but not one whose salary pays the heating. I would not be any less liberal than the Supreme Court was in *Leatherdale v. Leatherdale*.

constitutifs de l’art. 559 C.c.Q., et non pas seulement lors de l’examen du lien de causalité entre l’apport et l’enrichissement.

Examen des faits en vertu de l’art. 559 C.c.Q.—nature des apports

L’appelante a soutenu devant nous que, dans son interprétation de l’art. 559 C.c.Q., le juge ne doit pas privilégier les apports facilement quantifiables, mais doit au contraire considérer tous les apports, sans distinction quant à leur forme ou à leur nature. L’appelante fait évidemment allusion à la distinction entre les «contributions au mariage» et les «contributions au patrimoine» sur laquelle le juge Vallerand base une partie de son analyse en l’espèce. Cette distinction emporte une analyse en deux temps: il s’agit d’abord de déterminer quels apports ne constituent pas des contributions normales aux charges du mariage, puis, dans une deuxième étape, ces apports ordinaires ayant été écartés, de décider s’il y a enrichissement injustifié du patrimoine de l’un dû à un apport de l’autre.

La règle de souplesse exposée dans *Lacroix c. Valois* doit inspirer l’analyse. Sur la base de ce principe, en un premier temps tous les apports devront être soupesés, sans que soit faite la distinction entre les contributions au mariage et celles au patrimoine. Les apports dits «domestiques» ou «conjugaux» ne doivent pas être a priori écartés en raison de leur nature, mais doivent faire partie de l’évaluation globale de la situation matrimoniale. Cette approche avait d’ailleurs été préconisée par le juge Beauregard (dissident en partie) dans *Droit de la famille—67*, [1985] C.A. 135, à la p. 142:

Ce faisant, le juge exige-t-il un apport direct, peu commun entre époux, ou un apport, comme on en voit tous les jours dans les ménages, «diffus, imprécis et général, bien que réel»? Le code ne le précise pas. Pourquoi faire une distinction là où le législateur ne l’a pas fait, surtout lorsque la disposition est remédiatrice? Il est difficile de penser que le législateur ait voulu rétribuer le conjoint dont le salaire paye l’hypothèque mais non celui dont le salaire paye le chauffage. Je ne serais pas moins libéral que ne l’a été la Cour suprême dans *Leatherdale c. Leatherdale*.

In my opinion this approach, in so far as it involves an initial overall assessment of the contributions, is more likely to lead to an understanding of the arrangement agreed on by the parties and the patrimonial results which followed. If we exclude the so-called “contributions towards the expenses of the marriage” from the analysis at the outset, we are overlooking without any particular reason (since the wording of art. 559 C.C.Q. does not require it) an overall view which may be very significant.

Further, failure to look at the “contributions towards the expenses of the marriage” and assess them may lead to unfair results in a compensatory allowance situation. Since the wife’s contribution to the home is more fluid, less capable of being strictly proved, it is easy to regard it in its entirety as a contribution to the marriage and exclude it from the analysis. It is less easy to exclude the husband’s contribution, as it is often monetary and lends itself to allocation depending on his employment. Thus, in the case at bar the majority reasons include the hypothecary payments as a contribution but exclude the payments for heating or taxes. The wife’s contribution in services does not really lend itself to such allocation, because that contribution is not quantifiable and can only be assessed in terms of its quality and the often indirect benefit received by the husband.

Additionally, the distinction between “contributions to the marriage” and “contributions to the patrimony” appears in the very way in which it is stated to suggest that the normal contribution to the expenses of the marriage by a spouse can never give rise to enrichment of the patrimony of the other spouse. However, even normal contributions to the expenses of the marriage certainly may enrich the other spouse’s patrimony.

This having been said, however, there is some logic in this distinction: a spouse who makes a normal contribution to family life certainly cannot expect to receive reimbursement equivalent to the value of that contribution upon a divorce. In relying on this concept of “contribution to the marriage”, the Court of Appeal avoids such results by

Cette approche, dans la mesure où elle vise un examen en un premier temps de l’ensemble des apports, à mon avis, est plus susceptible de mettre en lumière l’arrangement convenu par les parties et les résultats patrimoniaux qui en ont résulté. Si on exclut les soi-disant «contributions aux charges du mariage» de l’analyse dès le départ, on se prive sans raison particulière (puisque le texte de l’art. 559 C.c.Q. ne l’exige pas) d’une vue d’ensemble qui peut être très significative.

Le défaut de s’informer des «contributions aux charges du mariage» et de les évaluer risque de plus d’aboutir à des résultats injustes en matière de prestation compensatoire. Puisque la contribution de l’épouse au foyer est plus fluide, moins susceptible d’une preuve rigoureuse, il est facile de la considérer en bloc comme une contribution au mariage et de l’exclure totalement de l’analyse. On écartera moins aisément la contribution du mari car, étant souvent monétaire, elle se prête à répartition selon son emploi. Ainsi, en l’espèce, les motifs majoritaires incluent les paiements d’hypothèque au titre de l’apport, mais excluent le paiement du chauffage ou des taxes. La contribution en services de l’épouse ne se prête guère à une telle répartition parce que cet apport n’est pas quantifiable, mais seulement appréciable dans sa qualité et dans le bénéfice souvent indirect qu’en retire le mari.

Par ailleurs, la distinction entre les «apports au mariage» et les «apports au patrimoine» semble dans son énoncé même laisser entendre que la contribution normale aux charges du mariage par un conjoint ne peut jamais donner lieu à un enrichissement du patrimoine de l’autre conjoint. Or, l’apport même normal aux charges du mariage peut certainement enrichir le patrimoine de l’autre conjoint.

Cela dit, cette distinction répond cependant à une certaine logique; le conjoint qui fait un apport normal à la vie familiale ne peut certainement pas s’attendre à recevoir un remboursement équivalent à la valeur de cet apport lors du divorce. En invoquant ce concept de «contribution au mariage», la Cour d’appel évite de tels résultats en circonscri-

limiting the scope of art. 559 C.C.Q. However, it seems to me that the proper way of approaching the problem, and of taking this concept of normal contribution into consideration, should not depend on analysis of the contributions. Rather, it involves assessing the “cause” or “justification” for the enrichment. The question of whether the contribution is normal will be relevant to this assessment and to the exercise of judicial discretion under art. 559, taking the circumstances as a whole into account.

Additional Points to be Included in Considering the Facts

In *Lacroix v. Valois*, *supra*, the Court noted the close relationship between the action for a compensatory allowance and the action *de in rem verso*. The conditions for applying the doctrine of unjust enrichment were stated in *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, at p. 77:

1. an enrichment;
2. an impoverishment;
3. a correlation between the enrichment and the impoverishment;
4. the absence of justification;
5. the absence of evasion of the law;
6. the absence of any other remedy.

Some of these elements overlap those already set out in *Lacroix v. Valois*:

1. a spouse's contribution;
2. the enrichment of the other spouse's patrimony;
3. the causal link between the two;
4. the proportion in which the contribution made possible the enrichment.

Additionally, several decisions of the Court of Appeal (see, for example, *Droit de la famille—873*, [1990] R.D.F. 616; *Droit de la famille—866*, [1990] R.J.Q. 1833) have also included the criteria of the concomitant impoverishment and the absence of justification for the enrichment.

avant la portée de l'art. 559 C.c.Q. La manière appropriée d'aborder ce problème, et de tenir compte de cette notion de contribution normale, ne me semble cependant pas devoir se situer au niveau de l'analyse des apports. Elle réside plutôt dans l'évaluation de la «cause» ou de la «justification» de l'enrichissement. Le caractère normal de la contribution sera pertinent à cette évaluation et à l'exercice de la discrétion judiciaire selon l'art. 559 compte tenu de l'ensemble des circonstances.

Éléments additionnels à inclure dans l'examen des faits

Dans *Lacroix c. Valois*, précité, la Cour soulignait la proche parenté entre le recours en prestation compensatoire et l'action *de in rem verso*. Les conditions d'application de la doctrine de l'enrichissement injustifié ont été posées dans l'arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, à la p. 77:

1. un enrichissement;
2. un appauvrissement;
3. une corrélation entre l'enrichissement et l'appauvrissement;
4. l'absence de justification;
5. l'absence de fraude à la loi;
6. l'absence d'autre recours.

Certains de ces éléments recourent ceux déjà énoncés dans l'arrêt *Lacroix c. Valois*:

1. l'apport d'un conjoint;
2. l'enrichissement du patrimoine de l'autre;
3. le lien de causalité entre les deux;
4. la proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement.

Par ailleurs, plusieurs décisions de la Cour d'appel (voir, par exemple, *Droit de la famille—873*, [1990] R.D.F. 616; *Droit de la famille—866*, [1990] R.J.Q. 1833) ont également inclus les critères de l'appauvrissement concomitant et de l'absence de justification à cet enrichissement. Cette

This approach seems logical to me since these are additional elements which the plaintiff must establish when he wants to take advantage of the action *de in rem verso*. The importance of determining the parties' true situation, together with the wording of art. 559 C.C.Q., seem to me to favour the inclusion of these two elements in the analysis.

Accordingly, if one of the parties has contributed to enriching his or her spouse's patrimony without suffering a corresponding impoverishment, for what reason should he or she be granted an allowance? Article 559 C.C.Q. does mention that the allowance serves as "consideration" — this suggests that there is a genuine patrimonial imbalance, an injustice to be corrected. Similarly, if the parties have freely agreed to transfer property to the spouse who remains at home in order to provide him or her with a patrimony, how can it be said that this enrichment is unjustified? Since I think it is necessary in awarding the allowance to analyze the situation in a spirit of equity and justice, these two criteria of impoverishment and absence of justification seem to me to be essential to the analysis of the specific situation of the parties. The flexibility recommended by the Court in *Lacroix v. Valois* then becomes of the greatest importance.

I adopt this passage from the text by Professor Caparros, cited by Rothman J.A. in the case at bar:

[TRANSLATION] Accordingly, to succeed in a claim for a compensatory allowance it is necessary to establish an impoverishment of the claimant which has resulted in an enrichment of the defendant, and an absence of cause for that enrichment. If the absence of cause is not taken into account, arbitrary action may result. Once there is an impoverishment, enrichment and causal link, even if the enrichment is justified, there may be a tendency to take away property from someone who is validly enriched. Let us not forget that the great underlying principle is that each person should be given his due, not have it taken away.

(Ernest Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec* (3rd ed. 1985), at p. 61.)

démarche m'apparaît logique puisque ce sont là des éléments additionnels que le demandeur doit établir lorsqu'il souhaite se prévaloir de l'action *de in rem verso*. L'importance de cerner la situation véritable des parties, de même que le libellé de l'art. 559 C.c.Q., me semblent militer en faveur de l'inclusion de ces deux éléments à l'analyse.

Ainsi, si une des parties a contribué à enrichir le patrimoine de son conjoint sans subir d'appauvrissement correspondant, pour quelle raison devrait-on lui attribuer une prestation? L'article 559 C.c.Q. mentionne bien que la prestation sert de « compensation » — cela laisse supposer qu'il y a un déséquilibre patrimonial véritable, une iniquité à corriger. De même, si les parties ont librement convenu de transférer un bien au conjoint qui demeure à la maison pour lui assurer un patrimoine, comment peut-on dire que cet enrichissement est injustifié? Puisque je crois qu'il faut, dans l'attribution de la prestation, analyser la situation dans un esprit d'équité et de justice, ces deux critères d'appauvrissement et d'absence de justification m'apparaissent essentiels à l'analyse de la situation concrète des parties. La souplesse et la flexibilité que préconise la Cour dans *Lacroix c. Valois* prennent alors toute leur signification.

Je ferais mien cet extrait de l'ouvrage du professeur Caparros, que cite le juge Rothman en l'espèce:

Ainsi, pour réussir dans une demande de prestation compensatoire il faudra faire la preuve d'un appauvrissement chez le demandeur qui a provoqué un enrichissement chez le défendeur et une absence de cause à cet enrichissement. Si l'on ne retient pas l'absence de cause, il y a le risque de tomber dans le domaine de l'arbitraire. Car alors, du moment qu'il y a appauvrissement, enrichissement et lien de causalité, même si l'enrichissement est justifié, on pourrait avoir tendance à spolier celui qui s'enrichit valablement. N'oublions pas que le grand principe sous-jacent est celui de rendre à chacun son dû et non pas de le lui enlever.

(Ernest Caparros, *Les régimes matrimoniaux au Québec* (3^e éd. 1985), à la p. 61.)

The contracts concluded between the parties are in fact an excellent example of what may be a “justification” for the enrichment of a spouse.

Effects of Contracts Concluded Between the Parties

The “absence of justification” factor is the appropriate channel for dealing with contracts that may have been concluded by the parties before or during the marriage. It can thus be considered that certain contracts concluded between the parties may be a justification for the enrichment of one of the spouses.

Let us deal first with the particular case of marriage contracts and matrimonial regimes. I hasten to point out that marriage contracts and the choice of a matrimonial regime are not binding on the trial judge in the granting of a compensatory allowance. In this connection, the Court of Appeal has in a number of decisions adopted a very proper position in refusing to consider traditional marriage contract clauses concerning expenses of the marriage as bars to a compensatory allowance claim (see *Droit de la famille—144*, [1987] R.J.Q. 253 (McCarthy and Monet J.J.A.); *Droit de la famille—519*, [1988] R.D.F. 349 (Tyndale and Tourigny J.J.A. and Meyer J. (*ad hoc*))); and the dissent by Tyndale J.A. in *Droit de la famille—391*, [1987] R.J.Q. 1998). We must avoid falling again into the trap of the matrimonial “cause” of the enrichment, which was regarded as justification for the impoverishment of spouses married under separation of property before art. 559 C.C.Q. came into effect (see *Sabourin v. Charlebois*, [1982] C.A. 361).

This does not mean that they cannot be relevant factors in assessing the parties’ circumstances and their intentions. That is how I understand Reeves J.’s comments on the exceptional nature of art. 559 C.C.Q. and the fact that it should not take precedence over the provisions of the *Civil Code* governing the choice of matrimonial regime and the conclusion of the marriage contract. Article 559 C.C.Q. provides that the judge must take

Les contrats intervenus entre les parties constituent d’ailleurs un excellent exemple de ce qui peut être une «justification» à l’enrichissement d’un époux.

Effets des contrats intervenus entre les parties

L’élément «absence de justification» constitue l’outil de choix pour tenir compte des contrats qui peuvent avoir été conclus par les parties avant ou pendant le mariage. On conçoit ainsi que certains contrats intervenus entre les parties pourront constituer une justification à l’enrichissement d’un des conjoints.

Traisons d’abord du cas particulier des contrats de mariage et des régimes matrimoniaux. Je m’empresse de souligner que les contrats de mariage et le choix du régime matrimonial ne lient pas le juge des faits eu égard à la prestation compensatoire. À cet égard, la Cour d’appel a, dans un certain nombre de décisions, adopté une position très juste en refusant de considérer les traditionnelles clauses de contrat de mariage concernant les charges du mariage comme des fins de non-recevoir lors d’une demande de prestation compensatoire (voir *Droit de la famille—144*, [1987] R.J.Q. 253 (les juges McCarthy et Monet); *Droit de la famille—519*, [1988] R.D.F. 349 (les juges Tyndale, Tourigny et Meyer (*ad hoc*))); ainsi que la dissidence du juge Tyndale dans *Droit de la famille—391*, [1987] R.J.Q. 1998). On se doit d’éviter de retomber dans le piège de la «cause» matrimoniale de l’enrichissement, qui était considérée comme la justification de l’appauvrissement des épouses mariées en séparation de biens avant l’entrée en vigueur de l’art. 559 C.c.Q. (voir *Sabourin c. Charlebois*, [1982] C.A. 361).

Ceci n’empêche pas qu’ils soient des éléments pertinents à l’appréciation des circonstances des parties et de leurs intentions. C’est en ce sens que je comprends les remarques du juge Reeves sur le caractère d’exception de l’art. 559 C.c.Q. et sur le fait qu’il ne doit pas primer sur les dispositions du *Code civil* gouvernant le choix du régime matrimonial et la conclusion du contrat de mariage. L’article 559 C.c.Q. dispose en effet que le juge devra

into account the advantages of the matrimonial regime and marriage contract. However, the weight and effect to be given to them are left to the discretion of the trial judge.

The spouses may also have concluded contracts of sale or gift by which certain property was transferred from one spouse's patrimony to the other's. A husband may thus have transferred ownership of the family residence to his wife to provide her with a patrimony. This decision to benefit the wife may constitute a "justification" or cause for the enrichment of the latter's patrimony, in which case the husband could not subsequently claim what he had freely given or sold.

Whether expressly or by implication, transferring property to the patrimony of the disadvantaged spouse may ultimately amount to recognizing and discharging the latter's claim for a compensatory allowance. The new art. 462.17 C.C.Q. does in fact recognize this possibility of paying the compensatory allowance during the marriage and by means of a contract:

462.17 One of the spouses may, during the marriage, agree with the other spouse to make partial payment of the compensatory allowance. The payment received must be deducted when the time comes to fix the value of the compensatory allowance.

Once again, it is for the trial judge to decide what the parties intended at the time the contract in question was entered into. To do this, therefore, he must examine the lifestyle chosen and arrangements made by the parties during their marriage. It may be that the only purpose of the gift was to place property beyond the reach of creditors (see *Droit de la famille—698*), [1989] R.J.Q. 2261 (C.A.), in which case the donor may be awarded a compensatory allowance; but it may have served both as protection against creditors and as compensation. A good example of this kind of situation is *Droit de la famille—866, supra*. The following is the relevant extract from the reasons of Rothman J.A., at pp. 1838-39:

tenir compte des avantages qui résultent du régime matrimonial ou du contrat de mariage. Le poids et l'effet qui leur seront accordés sont cependant laissés à l'appréciation du juge de première instance.

Les époux peuvent avoir également conclu des contrats de vente ou de donation par lesquels certains biens ont été transférés du patrimoine d'un conjoint à celui de l'autre. L'époux peut ainsi avoir transféré à son épouse la propriété de la résidence familiale afin de lui constituer un patrimoine. Cette décision d'avantager l'épouse peut constituer une «justification» ou une cause à l'enrichissement du patrimoine de celle-ci, auquel cas l'époux ne saurait, après coup, venir réclamer ce qu'il avait librement donné ou vendu.

De façon explicite ou implicite, transférer un bien dans le patrimoine du conjoint désavantagé peut revenir finalement à reconnaître et acquitter la créance de celui-ci pour prestation compensatoire. Le nouvel art. 462.17 C.c.Q. vient d'ailleurs reconnaître cette possibilité d'acquitter la prestation compensatoire durant le mariage et par l'entremise d'un contrat:

462.17 L'un des époux peut, pendant le mariage, convenir avec son conjoint d'acquitter en partie la prestation compensatoire. Le paiement reçu doit être déduit lorsqu'il y a lieu de fixer la valeur de la prestation compensatoire.

Encore une fois, c'est au juge des faits qu'il reviendra de décider quelle était l'intention des parties au moment où le contrat en question a été conclu. Il devra donc, pour ce faire, examiner les choix de vie et arrangements faits par les parties durant leur mariage. Il se pourrait que la donation n'ait eu pour but que de mettre un bien à l'abri des créanciers (voir *Droit de la famille—698*, [1989] R.J.Q. 2261 (C.A.)), auquel cas le donateur pourra se voir attribuer une prestation compensatoire; mais elle peut avoir servi à la fois de protection contre les créanciers et de mesure compensatoire. L'arrêt *Droit de la famille—866*, précité, constitue un bon exemple de ce genre de situation. Je reproduis l'extrait pertinent des motifs du juge Rothman, aux pp. 1838 et 1839:

It is perfectly plausible that the parties would have intended to benefit the wife and the family by having the house purchased in her name while, at the same time, protecting this important family asset from possible future claims of business creditors. Many couples purchasing a home do so with *both* of these purposes in mind. There is no contradiction here and no incompatibility between the two purposes.

The contradiction arises only when respondent attempts to recover, by way of compensatory allowance, the payments he willingly made for a house that he and his wife decided would be purchased by her. At no time until the divorce proceedings were taken was there any question that the payments were not being made for her benefit or that they would be subject to reimbursement or compensation.

In short, while the payments made by respondent did enrich appellant's patrimony, this was obviously what the parties intended. It is difficult to imagine that respondent could have made the payments that he did on the house that his wife had purchased without intending to benefit her, albeit, at the same time, protecting the house from his creditors.

Nor is there anything unusual in the path the parties followed. They did what many generations of Quebec couples have done. They married under a regime of separation as to property, providing in their marriage contract for various gifts of future property. They purchased their family home in the wife's name while the husband made the payments on the house because he was the wage-earner. The parties were obviously aware that the wife could not herself make these payments, having agreed to remain at home to look after the children. Unless the entire arrangement was a subterfuge designed to hide the true ownership of the property from respondent's creditors, what purpose, other than a benefit to the wife, could possibly have been intended by the parties?

The claim for a compensatory payment under article 559 C.C.Q. is a claim founded on the equitable principle of unjustified enrichment or *enrichissement sans cause*. It is not every contribution made by one spouse to another that will give rise to a compensatory allowance. There must, of course, be an enrichment and an impoverishment. But it is essential, as well, that the enrichment be *without cause*.

Far from being without cause in this case, the enrichment of appellant's patrimony by respondent's contribu-

[TRADUCTION] Il est tout à fait plausible que les parties aient voulu créer un avantage pour l'épouse et la famille en faisant en sorte que la maison soit achetée au nom de cette dernière, et protéger en même temps cet important bien familial contre d'éventuelles réclamations de créanciers commerciaux. De nombreux couples qui achètent une maison le font en ayant ces *deux* objectifs à l'esprit. Il n'y a ici ni contradiction ni incompatibilité entre les deux objectifs.

Il n'y a contradiction que lorsque l'intimé tente de recouvrer, par voie de prestation compensatoire, les paiements qu'il a volontairement faits pour une maison à l'égard de laquelle lui-même et son épouse ont décidé qu'elle serait achetée par l'épouse. Jamais avant que les procédures de divorce soient entamées il n'avait été question que les paiements ne soient pas faits à l'avantage de l'épouse ou qu'ils soient susceptibles de remboursement ou de compensation.

Bref, les paiements de l'intimé ont enrichi le patrimoine de l'appelante, mais c'est clairement ce que les parties voulaient. Il est difficile d'imaginer que l'intimé ait pu faire les paiements qu'il a faits sur la maison que son épouse avait achetée sans qu'il veuille l'avantager, tout en protégeant la maison contre ses créanciers.

Il n'y a rien d'inhabituel non plus dans la voie qu'ont suivie les parties. Ils ont fait ce que de nombreuses générations de couples québécois ont fait. Ils se marient sous le régime de la séparation de biens, prévoyant dans leur contrat de mariage différents dons de biens futurs. Ils ont acheté leur maison familiale au nom de l'épouse et l'époux a fait les paiements sur la maison parce que c'est lui qui touchait un salaire. Les parties savaient évidemment que l'épouse ne pourrait pas elle-même faire ces paiements, ayant convenu qu'elle demeurerait à la maison pour élever les enfants. À moins que tout l'arrangement n'ait été un subterfuge destiné à cacher aux créanciers de l'intimé la vraie propriété du bien, quel objectif autre que celui d'avantager l'épouse aurait pu être poursuivi par les parties?

La demande de paiement compensatoire en vertu de l'article 559 C.c.Q. est une demande fondée sur le principe équitable de l'enrichissement sans cause. Ce ne sont pas toutes les contributions faites par un époux à l'autre qui donneront lieu à une prestation compensatoire. Il doit évidemment y avoir un enrichissement et un appauvrissement. Mais il est tout de même essentiel que l'enrichissement soit *sans cause*.

Loin d'être sans cause en l'espèce, l'enrichissement du patrimoine de l'appelante par les contributions de

tions seems to me exactly what the parties intended in the arrangements they made.

Nor does this result seem unjustified or inequitable. Appellant gave up her own teaching career and salary for some 20 years to look after the house and children. This left respondent free to pursue his business career. It does not seem to me unjustified or unfair that during this period respondent was contributing to appellant's equity in the house while he was building up his own equity in the business. [Emphasis added in final paragraph.]

Principles for Applying the Compensatory Allowance and Discretionary Power

The elements of the compensatory allowance which I have identified are thus the following:

- (1) the contribution, whatever its nature and form;
- (2) the enrichment;
- (3) the causal link, which must be "adequate", but does not have to be absolute;
- (4) the proportion in which the contribution has made possible the enrichment;
- (5) the concomitant impoverishment of the person making the contribution;
- (6) the absence of justification for the enrichment. The distinction between contributions to the marriage and contributions to the patrimony is only used in determining justification.

Before going on to analyze the circumstances of this case, I feel it is worth emphasizing the deference that must be accorded to the discretionary power of the trial judge under art. 559 C.C.Q. Clearly this principle is general in application, but it assumes even greater importance in family law for two reasons. The situation arising where a family is in the process of dissolving is unique. First, financial matters must be dealt with quickly so as to avoid exhausting the parties' resources and allow them to start their lives anew. Second, this is an area where the parties have generally not kept documents that would provide evidence of each one's contribution. Oral evidence is thus of first importance, and assessing the credibility of wit-

l'intimé me semble être exactement ce que les parties ont voulu dans les arrangements qu'ils ont pris.

Et ce résultat ne semble ni injustifié ni inéquitable. L'appelante a abandonné sa carrière et son traitement d'enseignante pendant une vingtaine d'années pour tenir maison et élever ses enfants. Cela a permis à l'intimé de poursuivre sa carrière en affaires. Il ne me semble ni injustifié ni inéquitable que l'intimé ait contribué, pendant cette période, à la valeur nette de l'appelante dans la maison pendant qu'il constituait la sienne dans l'entreprise. [Je souligne.]

Les principes d'application de la prestation compensatoire et le pouvoir discrétionnaire

Les éléments de la prestation compensatoire que j'ai dégagés sont donc les suivants:

- (1) l'apport, quelles qu'en soient la nature et la forme;
- (2) l'enrichissement;
- (3) le lien causal, qui doit être «adéquat», mais n'a pas à être rigoureux;
- (4) la proportion dans laquelle l'apport a permis l'enrichissement;
- (5) l'appauvrissement concomitant de celui/celle qui a fourni l'apport;
- (6) l'absence de justification à l'enrichissement. La distinction entre les contributions au mariage/contributions au patrimoine n'est retenue qu'à titre d'élément pertinent à la justification.

Avant de procéder à l'analyse des circonstances de l'espèce, je crois utile d'insister sur la règle du respect qui doit être accordé au pouvoir discrétionnaire du juge des faits dans le contexte de l'art. 559 C.c.Q. Ce principe est évidemment d'application générale, mais il prend encore plus d'importance en matière de droit de la famille, et ce, pour deux raisons. Le milieu familial en voie de dissolution crée en effet une situation unique. D'une part, les questions financières doivent se régler rapidement afin d'éviter d'épuiser les ressources des parties et pour permettre à celles-ci de refaire leur vie. D'autre part, il s'agit d'un domaine où les parties n'ont généralement pas gardé d'écrits qui permettraient de faire la preuve de

nesses is very much the function of the trial judge. In a proceeding involving a compensatory allowance, a trial judge's error must be obvious for an appellate court to intervene.

This principle was set out in *Lacroix v. Valois*, *supra*, at p. 1275:

The awarding of a compensatory allowance or lump sum rests upon a decision that depends to a large extent on the trial judge's ability to assess the facts. In performing this difficult judicial exercise, there are many factors which the trial judge may legitimately consider as, in relation to both compensatory allowances and lump sums, the legislator has recognized the need for broad discretion by adopting enabling provisions which have an essentially open texture. In such a context, the function of an appellate court is to correct errors of law made at trial in exercising the discretion conferred by law. It goes without saying that assessing the facts is the prerogative of the trial judge and that, unless it can identify such an egregious error in this regard that it indicates an error of legal principle, the Court of Appeal is not justified in intervening.

This latitude in assessing "factors which the trial judge may legitimately consider" will occur in particular in the examining of the reasons justifying the enrichment, which may well be done from an overall perspective and will often underlie the judge's decision whether or not to use his discretionary power to alter the parties' patrimonial situation resulting from their agreements or from the circumstances.

The fact of giving greater deference to the trial judge's decision may, at least *prima facie*, lead to "contradictory decisions". This difficulty is inherent in the subject-matter, but it is the result of a flexible system in which the judge exercises an equitable power. Article 559 C.C.Q. (and its successor, art. 462.14 C.C.Q.) is just such an equitable provision, which clearly confers a remedial and discretionary power on the trial judge.

l'apport de chacun. C'est donc la preuve testimoniale qui est privilégiée; or, l'appréciation de la crédibilité des témoins est le domaine par excellence du juge de première instance. En matière de prestation compensatoire, l'erreur du juge de première instance doit être tout à fait évidente pour qu'un tribunal d'appel intervienne.

La Cour a d'ailleurs énoncé ce principe dans *Lacroix c. Valois*, précité, à la p. 1275:

L'attribution d'une prestation compensatoire ou d'une somme globale relève d'une décision faisant dans une large mesure appel à la faculté d'appréciation du juge des faits. Dans la réalisation de ce difficile exercice judiciaire, nombreux sont les facteurs susceptibles de considération légitime par le juge de première instance car le législateur a, tant en matière de prestation compensatoire qu'en matière de somme globale, reconnu la nécessité d'une large discrétion par l'adoption de dispositions habilitantes dont la texture se veut essentiellement ouverte. Dans un tel contexte, le rôle d'un tribunal d'appel est de corriger les erreurs de droit commises en première instance dans l'exercice de la discrétion conférée par la loi. Il va sans dire que l'appréciation des faits est de la prérogative du juge de première instance et qu'à moins d'être en mesure de relever une erreur d'appréciation à ce point marquée qu'elle témoigne d'une erreur touchant aux principes juridiques, la Cour d'appel n'est pas justifiée d'intervenir.

Cette latitude dans l'appréciation de «facteurs susceptibles de considération légitime» se manifestera particulièrement dans l'examen de motifs de justification de l'enrichissement, qui pourra se faire globalement et sous-tendra souvent la décision du juge d'avoir recours ou non à son pouvoir discrétionnaire de modifier la situation patrimoniale des parties résultant de leurs conventions ou des circonstances.

Le fait d'accorder plus de déférence à la décision du juge de première instance pourra, du moins en apparence, mener à des «décisions contradictoires». C'est là une difficulté inhérente au domaine, mais qui constitue l'envers de la médaille d'un régime de souplesse, où le juge exerce un pouvoir d'équité. Or, l'art. 559 C.c.Q. (et son successeur, l'art. 462.14 C.c.Q.) constitue une telle mesure d'équité, qui confère clairement un pouvoir «remédiateur» et discrétionnaire au juge du procès.

Application to the Case at Bar

In the case at bar, the record contained evidence which justified the trial judge in exercising his discretion to deny the compensatory allowance to the respondent. The Court does not have to decide whether it would have exercised its discretion in the same way. Questioning a trial judge's findings of fact where there has been no error of law can only encourage appeals, a particularly unfortunate development in family matters. The Court must instead inquire whether the trial judge exercised his discretion judicially. With all due respect for the contrary opinion, I believe that the judge exercised his discretion reasonably.

Let us consider what was before the judge in making his decision. In the case at bar we can identify, as a contribution, the appellant's work at home, as well as her work outside the home (extra income used to support the family), and the fact that she was able to get her father to lend her the money to finance the purchase of the house. The respondent, for his part, paid the expenses connected with the house (hypothec, taxes, heating, insurance and so on) and supporting the family. He did maintenance and renovation work on the house. However, he paid only \$30 in interest to his father-in-law over all those years. There was accordingly indirect assistance by the father to his daughter which the respondent cannot now lay any claim to.

At the time of the break-up, the appellant has the benefit of a furnished house. The respondent has his car, some savings and his career (job security at the post office, a pension fund equivalent to 80 percent of his salary on retirement).

The appellant's enrichment may be ascribed in part to the respondent's contribution. However, it should not be forgotten that without this practically interest-free loan from the appellant's father, the respondent could never have "bought" this house. I am of the view that the trial judge's observations to the effect that the respondent benefited from the quality of life connected with living in a single-family house are very apt. The trial judge also

Application à l'espèce

En l'espèce, le dossier contenait des éléments qui justifiaient le juge du procès d'exercer sa discrétion pour refuser la prestation compensatoire à l'intimé. La Cour n'a pas à décider si elle aurait exercé sa discrétion dans le même sens. Remettre en question les conclusions de fait du juge de première instance, en l'absence d'erreur de droit, ne peut en effet qu'encourager les pourvois, phénomène particulièrement désastreux en matière familiale. La Cour doit plutôt se demander si le juge de première instance a exercé sa discrétion de façon judiciaire. Avec égards pour les opinions contraires, je crois que le juge a exercé sa discrétion de façon raisonnable.

Voyons quels sont les éléments dont disposait le juge pour rendre sa décision. En l'espèce, nous pouvons identifier, au titre de l'apport, le travail à la maison de l'appelante, de même que son travail à l'extérieur (revenus d'appoint ayant servi à l'entretien de la famille), et le fait qu'elle ait pu obtenir de son père qu'il lui prête l'argent pour financer l'achat de la maison. L'intimé a, pour sa part, payé les dépenses reliées à la maison (hypothèque, taxes, chauffage, assurance, etc.) et à l'entretien de la famille. Il a effectué les travaux d'entretien et d'amélioration de la maison. Il n'a cependant payé que 30 \$ d'intérêt à son beau-père durant toutes ces années. Il y a donc là une aide indirecte du père à sa fille dont l'intimé ne saurait tirer parti aujourd'hui.

Au moment de la rupture, l'appelante s'est enrichie d'une maison meublée. L'intimé a sa voiture, quelques économies et sa carrière (sécurité d'emploi aux Postes, fonds de pension équivalant à 80 p. 100 de son salaire après sa retraite).

L'enrichissement de l'appelante peut être en partie attribué à l'apport de l'intimé. Il ne faut cependant pas oublier que, sans ce prêt pratiquement sans intérêt du père de l'appelante, l'intimé n'aurait jamais pu «acheter» cette maison. Je crois que les remarques du juge du procès à l'effet que l'intimé a bénéficié de la qualité de vie reliée au fait de vivre dans une maison unifamiliale sont très justes. Le juge de première instance fait aussi

noted that the appellant's thrift and sense of organization had a positive impact on the couple's finances. Judging from the amount which the appellant has been able to save since the break-up (nearly \$30,000), it may well be concluded that without his wife the respondent might not even have been able to repay the capital on the loan. The appellant's extra income also helped the respondent to make the hypothecary payments.

The impoverishment of the respondent is not truly obvious, since he would in any case have had to house himself and his family somewhere. On the contrary, he benefited from the use of a house at very moderate cost.

Is there a justification for this "enrichment" of the appellant? The judge essentially concluded that her enrichment was justified as a contribution by the respondent to the marriage and by the appellant's prudent management. I am also of the view that the fact she gave up her career and worked only part-time for a number of years is another justification. It should be noted that during this time the respondent was paying into a pension fund. In this situation, it is reasonable to think that the house was intended as a patrimony for the appellant to compensate for her withdrawal from the labour market. It is important in this regard to fully understand and respect the arrangements intended by the parties, so long as they are not a cause of injustice. Moreover, the respondent could at any time have asked that the property also be put in his name. He never did this, and until the divorce proceedings were brought never claimed to have any right of any kind to the house on which he had assumed the hypothecary payments.

The appellant has since made savings and is now in a relatively good financial position: she should not be penalized for this. She will not have as good a pension as the respondent. Furthermore, in equity, some allowance must be made for the very low alimentary pension paid by the respondent for the minor child in the appellant's custody (\$2,000 a year, whereas the trial judge himself

remarquer que le sens de l'économie et de l'organisation de l'appelante a eu un impact positif sur les finances du couple. En se basant sur le montant des économies que l'appelante a réussi à faire depuis la rupture (près de 30 000 \$), on peut croire effectivement que, sans son épouse, l'intimé n'aurait peut-être même pas réussi à rembourser le capital sur le prêt. Les revenus d'appoint de l'appelante ont également aidé l'intimé à effectuer les paiements hypothécaires.

L'appauvrissement de l'intimé n'est pas vraiment évident, puisqu'il aurait eu, de toute façon, à se loger et à loger sa famille quelque part. Il a au contraire bénéficié de l'usage d'une maison pour un prix très modique.

Y a-t-il une justification à cet «enrichissement» de l'appelante? Le juge conclut en somme que l'enrichissement de celle-ci se justifie comme contribution de l'intimé au mariage et par la gestion prudente de l'appelante. Je crois de plus que le fait qu'elle ait délaissé sa carrière en ne travaillant qu'à temps partiel durant de nombreuses années constitue une autre justification. Il est à noter que, pendant ce temps, l'intimé capitalisait dans un fonds de pension. Dans ce contexte, il est raisonnable de penser que la maison était destinée à constituer un patrimoine à l'appelante pour compenser son retrait du marché du travail. Il importe à cet égard de bien comprendre et de respecter les arrangements voulus par les parties dans la mesure où ils ne sont pas cause d'iniquité. L'intimé aurait d'ailleurs pu, à n'importe quel moment, demander que la propriété soit aussi mise à son nom. Il ne l'a jamais fait et, jusqu'à ce que les procédures de divorce ne soient prises, n'a jamais prétendu avoir quelque droit que ce soit sur la maison pour laquelle il avait assumé les paiements hypothécaires.

L'appelante a depuis fait des économies et se trouve dans une situation financière relativement bonne; on ne doit pas la pénaliser pour autant. Elle ne bénéficiera pas d'une pension aussi avantageuse que celle de l'intimé. De plus, en équité, il faut bien tenir compte de la pension alimentaire très peu élevée que verse l'intimé pour l'enfant mineur dont l'appelante a la garde (2 000 \$ par année,

found that the financial burden of caring for the child is at least \$5,000 a year). The trial judge no doubt took this fact into account in his decision to deny the allowance. This seems quite logical to me.

Accordingly, I see no reason to vary the trial judge's findings. He used his discretion reasonably in light of the facts as a whole. He viewed the situation from an overall perspective, without being caught up in figures and without attaching undue importance to the question of the house alone. Did he have before him a situation so inequitable that he should have exercised his discretion to grant the respondent a compensatory allowance? I do not believe so. The evidence in the record allowed the judge to deny the respondent a compensatory allowance. With respect, I consider that he acted within the discretion conferred on him by art. 559 C.C.Q. and that there was accordingly no basis for reversing his decision.

The Court cited in *Lacroix v. Valois*, *supra*, at p. 1285, the decision of the Court of Appeal in the case at bar in the following passage:

In the case of a compensatory allowance, the classic example is that of a spouse who helps pay for the family residence of which the other spouse is the sole owner: the courts have recognized that the spouse making the contribution will have an action for the additional value of the residence to the extent of the contribution made (see, for example, . . . *Droit de la famille*—594, [1989] R.J.Q. 271 (C.A.)).

This *obiter* remark was inserted to illustrate the classic situation in which one of the spouses pays for a house belonging to the other. That does not mean that, once the contribution, enrichment and concomitant impoverishment have been proven, the trial judge has no discretion to determine whether there is a justification for that enrichment.

VI—Disposition

For these reasons, I must conclude that the Superior Court judge acted within the discretion conferred on him by art. 559 C.C.Q. His judgment contains no error that could affect the validity of

alors que le juge du procès constate lui-même que la charge financière reliée à la garde de l'enfant est d'au moins 5 000 \$ par année). Le juge de première instance a sans doute tenu compte de ce fait dans sa décision de refuser la prestation. Cela me semble tout à fait logique.

Ainsi, je ne vois pas de raison de modifier les conclusions du juge de première instance. Il utilise sa discrétion de façon raisonnable eu égard à l'ensemble des faits. Il évalue la situation de façon globale, sans tomber dans le piège des chiffres et sans s'attacher indûment à la seule question de la maison. Se trouvait-il devant une situation inéquitable au point qu'il devait exercer sa discrétion en accordant une prestation compensatoire à l'intimé? Je ne le crois pas. La preuve au dossier permettait au juge de refuser une prestation compensatoire à l'intimé. Avec égards, je suis d'avis qu'il a agi dans le cadre de la discrétion que lui accordait l'art. 559 C.c.Q. et il n'y avait donc pas lieu de réformer sa décision.

La Cour avait cité, à la p. 1285 de l'arrêt *Lacroix c. Valois*, précité, la décision de la Cour d'appel en l'espèce dans le passage suivant:

En matière de prestation compensatoire, l'exemple classique est celui du conjoint qui contribue au paiement de la résidence familiale dont son époux est seul propriétaire; la jurisprudence admet que le recours du conjoint appauvri comprend la plus-value sur la résidence dans la proportion de l'apport (voir par exemple [. . .] *Droit de la famille*—594, [1989] R.J.Q. 271 (C.A.)).

Cette remarque *obiter* était insérée à titre d'illustration de la situation classique où un des conjoints paie pour la maison qui appartient à l'autre. Cela ne signifie pas que, une fois l'apport, l'enrichissement et l'appauvrissement concomitant prouvés, le juge des faits n'ait pas discrétion pour déterminer s'il y a une justification à cet enrichissement.

VI—Dispositif

Pour ces motifs, je me dois de conclure que le juge de la Cour supérieure a agi dans le cadre de la discrétion que lui accorde l'art. 559 C.c.Q. Son jugement ne comporte aucune erreur qui puisse

his disposition. In the case at bar, therefore, the Court of Appeal's intervention was not justified.

I would allow the appeal. The respondent will not be awarded any compensatory allowance. There will be no award as to costs.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Parizeau, De Lagrave & Croteau, Outremont.

Solicitors for the respondent: Parizeau, Richer, Montréal.

affecter la validité de son dispositif. En l'espèce, l'intervention de la Cour d'appel n'était donc pas justifiée.

a Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Aucune prestation compensatoire ne sera octroyée à l'intimé. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi accueilli.

b *Procureurs de l'appelante: Parizeau, De Lagrave & Croteau, Outremont.*

c *Procureurs de l'intimé: Parizeau, Richer, Montréal.*

K.N.T. *Appellant*

v.

G.R.P. *Respondent*

INDEXED AS: T. (K.N.) v. P. (G.R.)

File No.: 22232.

1992: February 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Compensatory allowance — Family residence purchased jointly by spouses but paid for by husband — Claim for compensatory allowance dismissed — No reason to vary trial judge's finding — Court of Appeal's intervention unwarranted.

Cases CitedFollowed: *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 2779 (*sub nom. Droit de la famille — 903*), reversing in part a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Michel Lecompte and *Luc Drouin*, for the appellant.

Daniel St-Pierre and *Léo Kravitz*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J.—Mr. Justice Gonthier will pronounce the judgment of the Court.

GONTHIER J.—Referring to the principles set forth in the reasons in support of this Court's judgment in *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183, rendered on January 23, 1992, we are in agreement with the reasons of Rousseau-Houle J.A. dissenting in the court below. The appeal is accordingly

K.N.T. *Appelante*

c.

^a **G.R.P.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: T. (K.N.) c. P. (G.R.)

N^o du greffe: 22232.^b

1992: 5 février.

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

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Prestation compensatoire — Résidence familiale acquise conjointement par les époux mais payée par le mari — Demande de prestation compensatoire rejetée — Aucune raison de modifier la conclusion du juge des faits — Intervention de la Cour d'appel injustifiée.

^e **Jurisprudence**Arrêt suivi: *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 2779 (*sub nom. Droit de la famille — 903*), qui a infirmé en partie un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Michel Lecompte et *Luc Drouin*, pour l'appelant.

Daniel St-Pierre et *Léo Kravitz*, pour l'intimé.

^h Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Monsieur le juge Gonthier prononcera le jugement de la Cour.

ⁱ

LE JUGE GONTHIER—En application des principes exposés dans les motifs à l'appui de la décision de la Cour dans le pourvoi *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183, du 23 janvier 1992, nous sommes tous d'accord avec les motifs dissidents du juge Rousseau-Houle en Cour d'appel. Pour ces

allowed and the conclusions of the judgment of the Superior Court restored. There shall be no adjudication as to costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Lecompte, Drouin, Carrière & Associés, Valleyfield.

Solicitors for the respondent: Kravitz & Kravitz, Montréal.

motifs, nous accueillons l'appel et rétablissons le dispositif du jugement de la Cour supérieure, le tout sans frais.

a Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Lecompte, Drouin, Carrière & Associés, Valleyfield.

b Procureurs de l'intimé: Kravitz & Kravitz, Montréal.

IN THE MATTER OF Section 55 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19;

DANS L'AFFAIRE de l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19;

AND IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning certain language rights under Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*, and Section 133 of the *Constitution Act, 1867* and set out in Order-in-Council P.C. 1984-1136 dated the 5th day of April 1984;

^a **ET DANS L'AFFAIRE** d'un renvoi adressé par le gouverneur en conseil au sujet de certains droits linguistiques garantis par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tel qu'énoncé dans le décret C.P. 1984-1136 en date du 5 avril 1984;

AND IN THE MATTER OF a Special Hearing to establish the minimum period necessary for translation, re-enactment, printing and publishing of:

^c **ET DANS L'AFFAIRE** d'une audition spéciale visant à l'établissement du délai minimum requis pour la traduction, la réadoption, l'impression et la publication:

1. unilingual Acts of the Legislature of Manitoba which would be currently in force were it not for their constitutional defect; and

^d 1. des lois unilingues de la Législature du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur, n'était-ce le vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel,

2. the unilingual repealed and spent Acts of the Legislature of Manitoba;

^e 2. des lois unilingues abrogées et périmées de la Législature du Manitoba;

pursuant to the opinion of the Supreme Court of Canada dated the 13th day of June 1985.

^f conformément à l'opinion de la Cour suprême du Canada datée du 13 juin 1985.

INDEXED AS: REFERENCE RE MANITOBA LANGUAGE RIGHTS

^g **RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF AUX DROITS LINGUISTIQUES AU MANITOBA**

File No.: 18606.

N^o du greffe: 18606.

1991: October 8; 1992: January 23.

1991: 8 octobre; 1992: 23 janvier.

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

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

SPECIAL HEARING ON MANITOBA LANGUAGE RIGHTS

ⁱ **AUDITION SPÉCIALE SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU MANITOBA**

Constitutional law — Language guarantees — Scope of s. 23 of Manitoba Act, 1870 — Instruments of legislative nature — Whether s. 23 applicable to certain types of orders in council and to documents incorporated by reference in legislation — Whether orders in council fall within phrase "Records and Journals" of legislature in

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Portée de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba — Textes de nature législative — L'article 23 s'applique-t-il à certains types de décrets et aux documents incorporés par renvoi dans les «lois de la législation» — Les décrets relèvent-ils de l'expression «archives, procès-

s. 23 — *Criteria for determining legislative nature — Extension of time period for compliance with s. 23 — Period of temporary validity extended — Retroactivity — Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3, s. 23.*

Following the judgment of this Court in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, a dispute arose among the parties concerned as to which instruments had to be translated, re-enacted, printed and published, pursuant to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, in order to comply with the judgment. To solve the dispute, this Court agreed to hear new questions put forward by the parties to determine whether certain types of orders in council and documents incorporated by reference in the “Acts of the Legislature” fell within the scope of s. 23.

Held: Section 23 of the *Manitoba Act, 1870* applies to orders in council which are of a legislative nature and, under certain conditions, to documents incorporated by reference in the legislation.

(1) *Orders in Council*

The requirements of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* apply to orders in council which are determined to be of “a legislative nature”. To make this determination, the form, content and effect of the instrument in question must be considered. The criteria indicative of a legislative nature do not operate cumulatively. An instrument may be determined to be legislative in form, though not in content, and under the criteria it would nonetheless be determined to be of a legislative nature. With respect to form, sufficient connection between the legislature and the instrument is indicative of a legislative nature. This connection is established where the instrument is, pursuant to legislation, enacted by the government, or made subject to the approval of the government. With respect to content and effect, the following are indicative of a legislative nature: the instrument embodies a rule of conduct; the instrument has the force of law; and the instrument applies to an undetermined number of persons.

Orders in council as a category do not fall within the phrase “Records and Journals” of the House in s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*. The scope of that phrase must be limited to those documents which are actually tabled in the Legislative Assembly.

verbaux et journaux» de la Chambre dans l'art. 23? — Critères permettant de déterminer la nature législative — Prorogation du délai pour se conformer à l'art. 23 — Prorogation de la période de validité temporaire — Rétroactivité — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3, art. 23.

Par suite de l'arrêt de notre Cour *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, un litige est survenu entre les parties quant à savoir quels textes devaient être traduits, adoptés de nouveau, imprimés et publiés, aux termes de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, pour se conformer à l'arrêt. Pour régler le litige, notre Cour a accepté d'entendre de nouvelles questions présentées par les parties pour déterminer si certains types de décrets et de documents incorporés par renvoi dans les «lois de la législature» relèvent de l'art. 23.

Arrêt: L'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* s'applique aux décrets qui sont de nature législative et, sous réserve de certaines conditions, aux documents incorporés par renvoi dans les «lois de la législature».

(1) *Décrets*

Les exigences de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* s'appliquent aux décrets qui sont déterminés comme étant de «nature législative». Pour faire cette détermination, il convient d'examiner la forme, le contenu et l'effet du texte en question. Les critères indicatifs d'une nature législative ne s'appliquent pas de façon cumulative. On pourrait déterminer qu'un texte est de caractère législatif du point de vue de la forme mais pas du point de vue du contenu et déterminer néanmoins en vertu des critères que ce texte est de nature législative. En ce qui a trait à la forme, un lien suffisant entre l'Assemblée législative et le texte indique qu'il est de nature législative. Ce lien est établi lorsque le texte est adopté, en vertu de la loi, par le gouvernement, ou assujéti à l'approbation du gouvernement. En ce qui a trait au contenu et à l'effet, les éléments suivants indiquent la nature législative: le texte comprend une règle de conduite; le texte a force de loi; et le texte s'applique à un nombre indéterminé de personnes.

Les décrets en tant que catégorie ne s'inscrivent pas dans le cadre de l'expression «archives, procès-verbaux et journaux» de la Chambre dans l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. La portée de cette expression doit être limitée aux documents qui sont réellement déposés à l'Assemblée législative.

(2) *Documents Incorporated by Reference in Legislation*

The requirements of s. 23 also apply to documents incorporated by reference in Acts of the Manitoba Legislature if the following conditions are met: (a) the primary instrument in which the document is incorporated is “a legislative instrument”; (b) the incorporation is a true incorporation in that the document is an integral part of the primary instrument as if reproduced therein; and (c) the document was generated by the Government of Manitoba. Where a document is created by the legislature or the executive or where the document requires ministerial or legislative approval to give it life, the connection between the government and the document is sufficiently strong to conclude that the document is generated by the government itself. Even where the document is generated by an outside source — for example, another government or a non-governmental body — it will still attract s. 23 obligations unless it can be shown that there was a *bona fide* purpose behind its incorporation without translation.

(3) *Extension of Time Period for Compliance*

The period of temporary validity of Acts of the Manitoba Legislature which would currently be in force were it not for their constitutional defect will be extended for a period of time to be determined by agreement between the parties. The period of temporary validity is hereby extended for three months from the date this judgment is handed down. The parties must reach an agreement with respect to the further extension of the time period within those three months,* or apply to this Court for a determination of the issue.

(4) *Retroactivity*

Instruments enacted unilingually by the Government of Manitoba between the handing down of *Reference re Manitoba Language Rights* and the handing down of this judgment, now deemed to fall within the scope of s. 23, will be rendered valid retroactively provided that compliance with s. 23 is achieved within the time period outlined above. The period of temporary validity will not, however, apply to any unilingual Acts of the Legislature enacted after the date of this judgment.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Attorney General of Que-*

* See p. 235.

(2) *Les documents incorporés par renvoi dans la loi*

Les exigences de l'art. 23 s'appliquent également aux documents incorporés par renvoi dans les lois de l'Assemblée législative du Manitoba si les conditions suivantes sont respectées: a) le texte primaire auquel le document est incorporé est «un texte législatif»; b) l'incorporation est une incorporation véritable, c'est-à-dire que le document fait partie intégrante du texte primaire comme s'il y était reproduit; et c) le document a été produit par le gouvernement du Manitoba. Lorsqu'un document est créé par l'Assemblée législative ou par l'exécutif ou lorsque le document exige une approbation ministérielle ou législative pour entrer en vigueur, le rapport entre le gouvernement et le document est suffisamment solide pour conclure que le document est produit par le gouvernement lui-même. Même lorsque le document émane d'une source extérieure, par exemple un autre gouvernement ou un organisme non gouvernemental, il sera encore assujéti aux exigences de l'art. 23 à moins qu'on ne puisse démontrer que son incorporation sans traduction est fondée sur un motif légitime.

(3) *Prorogation du délai pour se conformer à l'arrêt*

La période de validité temporaire des lois de l'Assemblée législative du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur n'était-ce le vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel est prorogée d'une période qui sera déterminée par accord entre les parties. La période de validité temporaire est par les présentes prorogée de trois mois à partir de la date du présent arrêt. Les parties doivent, avant l'expiration de ce délai de trois mois, parvenir à un accord sur la durée de la prorogation supplémentaire du délai* ou demander à notre Cour de rendre une décision à ce sujet.

§ (4) *Rétroactivité*

Les textes unilingues adoptés par le gouvernement du Manitoba entre le prononcé du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* et le prononcé du présent arrêt, qui sont maintenant réputés assujétiés à l'art. 23, deviendront valides rétroactivement pourvu qu'ils respectent les exigences de l'art. 23 dans le délai prévu précédemment. Toutefois, la période de validité temporaire ne s'appliquera pas aux lois unilingues de l'Assemblée législative adoptée après la date du présent arrêt.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Procureur*

* Voir p. 235.

bec v. Blaikie, [1979] 2 S.C.R. 1016; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1985] 2 S.C.R. 347; *Re Manitoba Language Rights Order*, [1990] 3 S.C.R. 1417; *Attorney-General of Quebec v. Collier* (1985), 23 D.L.R. (4th) 339, [1985] C.A. 559, aff'd [1990] 1 S.C.R. 260.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 93, 133.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3, s. 23.

Authors Cited

Canada. House of Commons. Special Committee on Statutory Instruments. *Third Report of the Special Committee on Statutory Instruments*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.

SPECIAL HEARING concerning certain language rights under s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

D. Martin Low, Q.C., and *Warren J. Newman*, for the Attorney General of Canada.

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

Donna J. Miller and *Deborah L. Carlson*, for the Attorney General of Manitoba.

Michel Bastarache and *Antoine F. Hacault*, for the Société franco-manitobaine.

Vaughan L. Baird, Q.C., for Roger Bilodeau.

François Dumaine, for the Fédération des francophones hors Québec.

Stephen A. Scott and *Victoria Percival-Hilton*, for Alliance Quebec.

général du Québec c. Blaikie, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 2 R.C.S. 347; *Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 1417; *Procureur général du Québec c. Collier*, [1985] C.A. 559, conf. [1990] 1 R.C.S. 260.

c Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 93, 133.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3, art. 23.

d Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur les instruments statutaires. *Troisième rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.

AUDITION SPÉCIALE concernant certains droits linguistiques visés à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

D. Martin Low, c.r., et *Warren J. Newman*, pour le procureur général du Canada.

Jean-Yves Bernard, Louis Rochette et *Marise Visocchi*, pour le procureur général du Québec.

Donna J. Miller et *Deborah L. Carlson*, pour le procureur général du Manitoba.

Michel Bastarache et *Antoine F. Hacault*, pour la Société franco-manitobaine.

Vaughan L. Baird, c.r., pour Roger Bilodeau.

François Dumaine, pour la Fédération des francophones hors Québec.

Stephen A. Scott et *Victoria Percival-Hilton*, pour Alliance Québec.

The following is the judgment delivered by

Le jugement suivant a été rendu par

THE COURT—

LA COUR—

I. The Facts

^a I. Les faits

On June 13, 1985, this Court issued a judgment in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, which determined that the requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, with respect to the use of both the English and French languages in the Records and Journals and in the Acts of Parliament and of the Legislatures of Manitoba and Quebec are mandatory. Consequently it was held that all statutes and regulations of the province of Manitoba that were not printed and published in both English and French were invalid, but they were deemed to have temporary force and effect for the minimum period of time necessary for their translation, re-enactment, printing and publication.

^b Le 13 juin 1985, notre Cour a rendu jugement sur le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, dans lequel elle a décidé que les exigences de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3, relativement à l'usage du français et de l'anglais dans les archives, procès-verbaux et journaux ainsi que dans les lois du Parlement et des législatures du Manitoba et du Québec sont impératives. Par conséquent, notre Cour a conclu que toutes les lois et tous les règlements de la province du Manitoba qui n'étaient pas imprimés et publiés en anglais et en français étaient invalides mais qu'ils étaient réputés temporairement valides et opérants pendant le délai minimum requis pour les traduire, les adopter de nouveau, les imprimer et les publier.

The parties and interveners arrived at a consent agreement with respect to this minimum period which was given effect by this Court on November 4, 1985, [1985] 2 S.C.R. 347. The Order issued dictated that the period would continue to December 31, 1988, for "the Continuing Consolidation of the Statutes of Manitoba" and "the Regulations of Manitoba" and to December 31, 1990 for "all other laws of Manitoba" (p. 349).

^c Les parties et les intervenants se sont entendus sur ce délai minimum auquel notre Cour a donné effet le 4 novembre 1985, [1985] 2 R.C.S. 347. Aux termes de l'ordonnance de la Cour, la période devait continuer jusqu'au 31 décembre 1988 en ce qui concerne «la Consolidation permanente des lois du Manitoba» et «les règlements du Manitoba» et jusqu'au 31 décembre 1990 en ce qui concerne «toutes les autres lois du Manitoba» (p. 349).

The Government of Manitoba then devised a set of criteria for discerning which instruments had to be translated, re-enacted, printed and published in order to comply with this Court's judgment. Essentially, this involved a determination of whether the various instruments were considered to be "of a legislative nature".

^d Le gouvernement du Manitoba a élaboré alors un ensemble de critères pour déterminer quels textes devaient être traduits, adoptés de nouveau, imprimés et publiés de manière à se conformer à l'arrêt de notre Cour. Essentiellement, il s'agissait de déterminer si les divers textes étaient «de nature législative».

This course of action has given rise to a dispute between the parties, the Attorney General of Manitoba and the Société franco-manitobaine ("SFM"), with respect to which types of orders in council are subject to the judgment. It is the position of the Attorney General that only those orders in council

^e Cette manière de procéder a donné lieu à un litige entre les parties, le procureur général du Manitoba et la Société franco-manitobaine («SFM»), relativement au genre de décrets visés par l'arrêt. Le procureur général est d'avis que seuls les décrets «de nature législative» sont visés

which are “of a legislative nature” fall within the judgment and the position of the SFM that virtually all orders in council fall within the judgment.

A similar dispute exists between the parties with respect to documents incorporated by reference in the “Acts of the Legislature”. The Attorney General of Manitoba takes the position that only those documents which are: (1) created by the Government of Manitoba; (2) of a legislative nature; and (3) an integral part of the legislation in which they have been incorporated must comply with the requirements of s. 23. The SFM takes the position that all documents incorporated by reference in legislation must comply with the requirements of s. 23.

The parties jointly applied to this Court to settle these disputes and in an Order dated December 7, 1990 (varied on December 14) this Court agreed to hear six questions put forward by the parties. The Court also ordered that the temporary validity of laws referred to in paragraph 2(a) of the Order of November 4, 1985 be extended until judgment is handed down in this matter: [1990] 3 S.C.R. 1417.

The six questions put forward by the parties for resolution are reproduced below:

1. Are any or all of the types of orders in council described below, and listed in the materials provided in the casebook or orders in council similar in character thereto, subject to:

- (i) s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*;
- (ii) the first paragraph of the Order of this Court dated November 4, 1985?

(a) Orders in council establishing government departments, health and social services district boards and committees of cabinet;

(b) Orders in council authorizing a Minister or a Crown corporation to enter into a contract;

(c) Orders in council authorizing the issuing of grants to municipalities or community groups;

(d) Orders in council relating to appointments and, in particular:

par l'arrêt alors que la SFM est d'avis que virtuellement tous les décrets le sont.

Un litige semblable existe entre les parties en ce qui a trait aux documents incorporés par renvoi dans les «lois de la législature». Le procureur général du Manitoba adopte la position selon laquelle seuls les documents qui sont: (1) créés par le gouvernement du Manitoba; (2) de nature législative; et (3) qui font partie intégrante du texte législatif dans lequel ils ont été incorporés doivent se conformer aux exigences de l'art. 23. La SFM adopte la position selon laquelle tous les documents incorporés par renvoi dans la législation doivent se conformer aux exigences de l'art. 23.

Les parties ont demandé conjointement à notre Cour de régler ces litiges et, dans une ordonnance datée du 7 décembre 1990 (modifiée le 14 décembre), notre Cour a convenu d'entendre six questions présentées par les parties. La Cour a également ordonné que la période de validité temporaire des lois mentionnées à l'alinéa 2a) de l'ordonnance du 4 novembre 1985 soit maintenue jusqu'au prononcé du jugement en l'espèce: [1990] 3 R.C.S. 1417.

Voici les six questions soumises par les parties:

1. Les types de décrets décrits ci-dessous et énumérés dans la documentation fournie dans le cahier d'appel ou les autres décrets similaires, sont-ils assujettis:

- (i) à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*;
- (ii) au premier paragraphe de l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985?

a) Les décrets qui créent des ministères, des conseils de district des services sociaux et de santé ainsi que des comités du cabinet;

b) Les décrets qui autorisent un ministre ou une société d'État à conclure un contrat;

c) Les décrets qui autorisent le versement de subventions à des municipalités ou à des groupes communautaires;

d) Les décrets qui ont trait à des nominations, y compris:

- (i) appointing judges and members of quasi-judicial tribunals; and
- (ii) appointing persons to positions in the civil service or to Crown corporations.
- (e) Orders in council affecting the rights or responsibilities of a specific person or persons, such as the issuing of a licence or permit to such person or persons.
2. Are any or all of the types of instruments or documents described below, and listed in the materials provided in the casebook or instruments or documents similar in character thereto, subject to:
- (i) s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*;
- (ii) the first paragraph of the Order of this Court dated November 4, 1985?
- (a) Contracts attached to orders in council authorizing a Minister or a Crown corporation to enter into that contract;
- (b) Schedules attached to orders in council authorizing grants to municipalities or community groups and:
- (i) setting the terms and conditions on which those grants are to be made; or
- (ii) listing the recipient groups.
- (c) Schedules attached to orders in council described in question 1(e).
3. If the answer to either the first question or the second question is affirmative with respect to any or all of the types of orders in council, or instruments or documents described therein, what principles or criteria apply to determine the extent to which orders in council, or instruments or documents described therein, are subject to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*?
4. Are any or all of the types of instruments or documents described below, and listed in the materials provided in the casebook or instruments or documents similar in character thereto, subject to:
- (i) s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*; or
- (ii) the first paragraph of the Order of this Court dated November 4, 1985?
- (a) Instruments or documents created by non-governmental organisations or persons and incorporated by reference in the laws of Manitoba;
- (i) la nomination des juges et des membres des tribunaux quasi judiciaires; et
- (ii) la nomination de personnes au sein de la fonction publique et de sociétés d'État.
- e) Les décrets qui touchent les droits ou les responsabilités de personnes déterminées, notamment les décrets qui prévoient la délivrance d'une licence ou d'un permis à ces personnes.
2. Les types d'actes ou de documents décrits ci-dessous et énumérés dans la documentation fournie dans le cahier d'appel ou les autres actes ou documents similaires, sont-ils assujettis:
- (i) à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*;
- (ii) au premier paragraphe de l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985?
- a) Les contrats annexés aux décrets autorisant un ministre ou une société d'État à conclure un contrat;
- b) Les annexes aux décrets autorisant le versement de subventions à des municipalités ou à des groupes communautaires et:
- (i) établissant les conditions d'octroi de ces subventions; ou
- (ii) énumérant les groupes bénéficiaires.
- c) Les annexes aux décrets visés à la question 1e).
3. Si la réponse à la première question ou à la deuxième question est affirmative relativement à l'un quelconque des types de décrets, d'actes ou de documents qui y sont mentionnés, quels principes ou critères s'appliquent pour déterminer la mesure dans laquelle les décrets, les actes ou les documents qui y sont mentionnés, sont assujettis à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*?
4. Les types d'actes ou de documents décrits ci-dessous et énumérés dans la documentation fournie dans le cahier d'appel ou les autres actes ou documents similaires, sont-ils assujettis:
- (i) à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*; ou
- (ii) au premier paragraphe de l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985?
- a) Les actes ou les documents émanant d'organisations ou de personnes non gouvernementales et incorporés par référence dans les lois du Manitoba;

(b) Instruments or documents created by governments other than that of the Province of Manitoba, including departments, boards and agencies of such governments, and incorporated by reference in the laws of Manitoba;

(c) Instruments or documents created by international organizations or persons and incorporated by reference in the laws of Manitoba;

(d) Instruments or documents created by departments, boards and agencies of the government of the Province of Manitoba and incorporated by reference in the laws of Manitoba.

5. If the answer to the fourth question is affirmative with respect to any or all of the types of instruments or documents described therein, what principles or criteria apply to determine the extent to which these instruments or documents are subject to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*?

6. (a) If the obligations of the Province of Manitoba pursuant to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* are more extensive than its practice, can the period of temporary validity established pursuant to the Order of this Court dated November 4, 1985, be extended, or a further period be established, to cover the orders in council, instruments or documents in question, as well as the rights, obligations and legal effects thereof, in order to allow the Province to conform to its constitutional obligations?

(b) Can such orders in council, instruments or documents, as well as the rights, obligations and legal effects thereof, if invalid, be rendered valid retroactively, and if so by what means?

II. Relevant Constitutional Provisions

Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C., 1985, App. II, No. 8), provides:

23. Either the English or the French language may be used by any person in the debates of the Houses of the Legislature, and both those languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those languages may be used by any person, or in any Pleading or Process, in or issuing from any Court of Canada established under the Constitution Act, 1867, or in or from all or any of the Courts of the

b) Les actes ou les documents émanant d'autres gouvernements que celui de la province du Manitoba ou par des ministères, des commissions et des agences de ces gouvernements et incorporés par référence dans les lois du Manitoba;

c) Les actes ou les documents émanant d'organisations ou de personnes internationales et incorporés par référence dans les lois du Manitoba;

d) Les actes ou les documents émanant de ministères, de commissions ou d'agences du gouvernement de la province du Manitoba et incorporés par référence dans les lois du Manitoba.

5. Si la réponse à la quatrième question est affirmative relativement à l'un quelconque des types d'actes ou de documents qui y sont mentionnés, quels principes ou critères s'appliquent pour déterminer la mesure dans laquelle ces actes ou ces documents sont assujettis à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*?

6. a) Si les obligations imposées au Manitoba en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* sont plus étendues que la pratique de la province, la période de validité temporaire établie dans l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985, peut-elle être étendue, ou une autre période peut-elle être établie, pour couvrir les décrets, actes et documents en question, de même que les droits, les obligations et les effets juridiques qui en découlent, afin de permettre à la province de se conformer à ses obligations constitutionnelles?

b) S'ils sont invalides, les décrets, actes et documents en question, de même que les droits, les obligations et les effets juridiques qui en découlent, peuvent-ils être validés rétroactivement; dans l'affirmative, par quels moyens?

II. Les dispositions constitutionnelles pertinentes

Voici le texte de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3 (reproduite dans L.R.C. (1985), app. II, n° 8):

23. L'usage de la langue française ou de la langue anglaise sera facultatif dans les débats des Chambres de la législature; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada, qui sont établis sous l'autorité de la Loi constitutionnelle de 1867, et par devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de la province, il pourra être également fait

Province. The Acts of the Legislature shall be printed and published in both those languages.

The requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* are virtually identical. Section 133 provides:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

III. Analysis

Orders in Council

The Scope of Section 23

In the case from which this reference originates, *Reference re Manitoba Language Rights, supra*, this Court's remarks with respect to the scope of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* were limited to the following, at p. 744:

In this judgment, all references to "Acts of the Legislature" are intended to encompass all statutes, regulations and delegated legislation of the Manitoba Legislature, enacted since 1890, that are covered by this Court's judgments in *Blaikie No. 1* and *Blaikie No. 2*.

Thus, the necessary starting point in the present request for further clarification with respect to the scope of s. 23 is a return to the *Blaikie* decisions.

In *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 ("*Blaikie No. 2*"), the question of the scope of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, was addressed, particularly, whether it extended to delegated legislation as distinct from the orders in council and ministerial orders or reg-

usage, à faculté, de l'une ou l'autre de ces langues. Les lois de la législature seront imprimées et publiées dans ces deux langues.

Les exigences de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont virtuellement identiques. Voici le texte de l'art. 133:

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature du Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

III. Analyse

Les décrets

La portée de l'art. 23

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, dont découle le présent renvoi, les observations de notre Cour sur la portée de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* se limitent au paragraphe suivant, à la p. 744:

Dans les présents motifs, toute mention des «actes de la législature» est destinée à englober toutes les lois, tous les règlements et toute la législation déléguée adoptés par la législature du Manitoba depuis 1890, auxquels s'appliquent les arrêts *Blaikie n° 1* et *Blaikie n° 2* de cette Cour.

Pour répondre à la présente demande d'éclaircissements relativement à la portée de l'art. 23, il faut donc revenir d'abord aux arrêts *Blaikie*.

L'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 («*Blaikie n° 2*»), a examiné la question de la portée de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, particulièrement quant à savoir s'il s'appliquait à la législation déléguée par opposition aux décrets et arrêtés ministériels ou

ulations considered in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1979] 2 S.C.R. 1016 (“*Blaikie No. 1*”). The Court articulated the following principles to guide the interpretation of s. 133, and by implication s. 23:

First, the proliferation of these other regulations was at least as unforeseeable as that of Government regulations which, unlike municipal and school board by-laws could not have been originally intended to escape the operation of s. 133 of the *B.N.A. Act*.

Second, while the ordinary meaning of the words “Acts . . . of the Legislature” in s. 133 must be departed from to prevent the requirements of the section from being frustrated, it cannot be stretched beyond what is necessary to accomplish this purpose.

(*Blaikie No. 2*, at p. 328.)

Working within these principles, this Court concluded in that case that s. 133 applies to regulations enacted by the Government of Quebec, a minister or a group of ministers, and to regulations of the civil administration and of semi-public agencies which, to come into force, are subject to the approval of that Government, a minister or a group of ministers. The application of the section to such regulations was explicitly narrowed to those which constitute delegated legislation properly so called and not rules or directives of internal management. This Court further concluded that the section applies to rules of practice enacted by courts and quasi-judicial tribunals, but not to the by-laws of municipal or school bodies even when subject to the approval of the Government, a minister or a group of ministers.

In the case presently before us, we are asked by the intervener Alliance Quebec to extend the scope of s. 23 still further than indicated above, although not so far as to obliterate the distinction between delegated legislation and rules or directives of internal management. It submits that s. 23 ought to apply to executive acts as well as to legislative ones to achieve the purpose of making official bilingualism a reality with respect to public administration generally as well as to courts and the legislature. The SFM does not go so far, but nonethe-

règlements visés dans l’arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 («*Blaikie n° 1*»). La Cour a énoncé les principes suivants pour guider l’interprétation de l’art. 133 et, par déduction, de l’art. 23:

Premièrement, la prolifération de ces autres règlements était au moins tout aussi imprévisible que celle des règlements du gouvernement que, contrairement aux règlements des conseils municipaux et scolaires, l’on n’a pas pu, à l’origine, vouloir soustraire à l’application de l’art. 133 de l’*A.A.N.B.*

Deuxièmement, bien qu’il faille s’éloigner du sens ordinaire de l’expression «actes . . . de la législature» de l’art. 133 pour empêcher que l’on y fasse échec, on ne peut pas l’étendre au delà de ce qui est nécessaire à cette fin.

(*Blaikie n° 2*, à la p. 328.)

Notre Cour, dans le cadre de ces principes, a conclu dans cet arrêt que l’art. 133 s’applique aux règlements adoptés par le gouvernement du Québec, un ministre ou un groupe de ministres ainsi qu’aux règlements de l’administration et des organismes parapublics qui, pour entrer en vigueur, sont soumis à l’approbation de ce gouvernement, d’un ministre ou d’un groupe de ministres. L’application de l’article à ces règlements a été expressément restreinte à ceux qui constituent la législation déléguée proprement dite et non aux règles ou aux directives d’administration interne. Notre Cour a en outre conclu que l’article s’applique aux règles de pratique adoptées par les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires mais pas aux règlements d’organismes municipaux ou scolaires même s’ils sont soumis à l’approbation du gouvernement, d’un ministre ou d’un groupe de ministres.

En l’espèce, l’intervenante Alliance Québec nous demande de donner à l’art. 23 une portée encore plus grande que ce qui est mentionné précédemment, sans effacer toutefois la distinction qui existe entre la législation déléguée et les règles ou directives d’administration interne. Elle soutient que l’art. 23 devrait s’appliquer aux actes du pouvoir exécutif ainsi qu’à ceux du pouvoir législatif pour que le bilinguisme officiel devienne une réalité dans l’administration publique en général ainsi que pour les tribunaux et l’Assemblée législative.

less submits that the purpose of s. 23 requires that it apply to any document which touches on the rights, interests or privileges of the Manitoba public as distinct from documents which simply establish directives from the internal regime of civil administration.

There can be no doubt, as stated in *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, at p. 739, that the purpose of s. 23 is:

... to ensure full and equal access to the legislature, the laws and the courts for francophones and anglophones alike.

The Court is bound to ensure that this purpose is not undermined. Consistently with this approach, this Court has acknowledged the necessity of moving beyond an unduly strict interpretation of the phrase "Acts of the Legislature". However, as noted above, the Court has also stressed that the words of the section cannot be stretched beyond what is necessary to meet its purpose. Therefore, while meeting the purpose of this section requires moving beyond the strict meaning of the phrase "Acts of the Legislature", these cannot be extended to instruments which are not of a legislative nature. The Court must, therefore, approach the issues here in a manner that attempts to give a generous meaning to "Acts of the Legislature", while not applying it to the plethora of other instruments issued by contemporary governments.

In so determining the scope of s. 23, it is important to place the section within the proper historical context. It, like ss. 93 and 133 of the *Constitution Act, 1867*, is an embodiment of a political compromise. It is not a sweeping guarantee designed to achieve complete linguistic equality, but rather a compromise designed to achieve a level of harmony in the demographic reality of Manitoban society. The following statement of Beetz J. in *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460, at p. 496, regarding s. 133 is applicable here:

This incomplete but precise scheme is a constitutional minimum which resulted from a historical compromise arrived at by the founding people who agreed upon the terms of the federal union. The scheme is couched in a language which is capable of containing necessary

La SFM ne va pas aussi loin, mais soutient néanmoins que le but de l'art. 23 exige qu'il s'applique à tout document qui touche aux droits, aux intérêts ou aux privilèges du public manitobain par opposition aux documents qui établissent simplement des directives du régime interne de l'administration.

Il ne fait aucun doute que le but de l'art. 23, comme le déclare le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, à la p. 739, est:

... d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux.

La Cour doit s'assurer qu'il n'est pas fait obstacle à ce but. Dans cette optique, notre Cour a reconnu la nécessité d'aller plus loin que l'interprétation indûment stricte de l'expression «lois de la législature». Cependant, comme il a été mentionné précédemment, notre Cour a souligné aussi que les termes de l'article ne peuvent être étendus au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre son but. Par conséquent, s'il faut aller au-delà du sens strict de l'expression «lois de la législature» pour atteindre ce but, on ne peut étendre sa portée à des textes qui ne sont pas de nature législative. La Cour doit donc aborder les questions posées en l'espèce d'une façon qui lui permette de donner un sens large à l'expression «lois de la législature», sans la rendre applicable à la multitude de textes émanant des gouvernements contemporains.

Dans cette détermination de la portée de l'art. 23, il est important de replacer l'article dans son contexte historique. À l'instar des art. 93 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il exprime un compromis politique. Il s'agit non pas d'une garantie globale destinée à assurer l'égalité linguistique complète, mais plutôt d'un compromis destiné à assurer un niveau d'harmonie dans la réalité démographique de la société manitobaine. Ce que dit le juge Beetz au sujet de l'art. 133 dans l'arrêt *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, à la p. 496, s'applique en l'espèce:

Ce système incomplet mais précis représente un minimum constitutionnel résultant d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale. Le système est couché dans des termes susceptibles de com-

implications, as was held in *Blaikie No. 1* and *Blaikie No. 2* with respect to certain forms of delegated legislation. It is a scheme which, being a constitutional minimum, not a maximum, can be complemented by federal and provincial legislation, as was held in the *Jones* case. And it is a scheme which can of course be modified by way of constitutional amendment. But it is not open to the courts, under the guise of interpretation, to improve upon, supplement or amend this historical constitutional compromise.

See also *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, at p. 578, and *Greater Montreal Protestant School Board v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 377, at pp. 401-2. To extend the application of s. 23 beyond instruments of a legislative nature would be to improve upon this constitutional compromise under the guise of interpretation.

Criteria Indicative of a Legislative Nature

A determination that the scope of s. 23 is limited to application to instruments of a legislative nature does not, however, end the inquiry. It is necessary to propose some criteria by which legislative instruments can be distinguished from other types of instruments. It is neither possible nor desirable to propose an ironclad test given the proliferation of instruments generated by contemporary governments. But it is both possible and necessary to provide governments with general criteria which will be indicative of whether or not an instrument must comply with the section. These criteria can be roughly divided into the headings of form, content and effect. It should be noted here, however, that these criteria do not operate cumulatively. An instrument may be determined to be legislative in form, though not in content, and under the following criteria it would nonetheless be determined to be of a legislative nature.

The appropriate starting point is once again *Blaikie No. 2*, *supra*, where this Court emphasized

porter des implications nécessaires, comme cela a été établi dans les arrêts *Blaikie n° 1* et *Blaikie n° 2*, quant à certaines formes de législation déléguée. C'est un système qui, du fait qu'il constitue un minimum constitutionnel, et non un maximum, peut être complété par des lois fédérales et provinciales, comme on l'a conclu dans l'arrêt *Jones*. Et c'est un système qui, bien entendu, peut être changé par voie de modification constitutionnelle. Mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier.

Voir également l'arrêt *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, à la p. 578, et l'arrêt *Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 377, aux pp. 401 et 402. Étendre l'application de l'art. 23 à des textes autres que les textes de nature législative reviendrait à améliorer ce compromis constitutionnel sous le couvert de l'interprétation.

Les critères indicatifs d'une nature législative

Une décision selon laquelle la portée de l'art. 23 est limitée aux textes de nature législative ne met pas fin à l'examen. Il est nécessaire de proposer certains critères qui permettront de distinguer les textes législatifs et les autres types de textes. Il n'est ni possible ni souhaitable de proposer un critère à toute épreuve étant donné la prolifération des textes émanant des gouvernements contemporains. Cependant il est à la fois possible et nécessaire de fournir aux gouvernements des critères généraux qui indiqueront si un texte doit ou non se conformer aux dispositions de l'article. Ces critères peuvent en gros être divisés sous les rubriques de la forme, du contenu et de l'effet. Toutefois, il convient de souligner en l'espèce que ces critères ne s'appliquent pas de façon cumulative. On pourrait déterminer qu'un texte est de caractère législatif du point de vue de la forme mais pas du point de vue du contenu et, en vertu des critères qui suivent, déterminer néanmoins que ce texte est de nature législative.

Le point de départ approprié est encore une fois l'arrêt *Blaikie n° 2*, précité, dans lequel notre Cour

the importance of the connection between the legislature and the instrument in question (at pp. 328-29):

This connexion is the decisive factor in so far as the subjection of Government regulations to s. 133 of the *B.N.A. Act* is concerned.

This Court there concluded that sufficient connection is established where the instrument is, pursuant to legislation, enacted by the Government or where it is made subject to the approval of the Government, in short, wherever "positive action of the Government is required to breathe life into [it]" (p. 329).

It was argued by the SFM that if orders in council cannot always be considered "Acts of the Legislature", they would nonetheless, in their form, fall within the phrase "Records and Journals" of the House. We do not find that the latter phrase can be so broadly interpreted. Its scope must be limited to those documents which are actually tabled in the Legislative Assembly.

With respect to content and effect, the Attorney General of Manitoba proposed as a starting point the following definition of regulation taken from the MacGuigan Committee in its report on Statutory Instruments (1969), at p. 14:

[A] regulation is a rule of conduct, enacted by a regulation-making authority pursuant to an Act of Parliament, which has the force of law for an undetermined number of persons;

In its original context the definition relates specifically to regulations, but it provides assistance in developing a general definition of the phrase "of a legislative nature".

The phrases from the above quotation which require elaboration in relation to the content and effect of orders in council are "rule of conduct", "force of law" and "an undetermined number of persons". A "rule of conduct" can be described as a rule which sets norms or standards of conduct, which determine the manner in which rights are exercised and responsibilities are fulfilled. Pairing this with the phrase "force of law", the rule must

a souligné l'importance du rapport entre la législation et le texte en question (aux pp. 328 et 329):

Ce rapport constitue le facteur décisif en ce qui concerne l'assujettissement des règlements du gouvernement à l'art. 133 de l'*A.A.N.B.*

Notre Cour a conclu dans cet arrêt qu'un rapport suffisant est établi lorsque, en vertu de la loi, le texte est adopté par le gouvernement ou lorsqu'il est soumis à l'approbation du gouvernement ou, en bref, lorsqu'«une action positive du gouvernement est nécessaire pour [lui] insuffler la vie» (p. 329).

La SFM soutient que si les décrets ne peuvent pas toujours être considérés comme des «lois de la législation», ils s'inscrivent néanmoins, par leur forme, dans le cadre de l'expression «archives, procès-verbaux et journaux» de la Chambre. Nous ne sommes pas d'avis que cette dernière expression puisse être interprétée de façon aussi large. Sa portée doit être limitée aux documents qui sont réellement déposés à l'Assemblée législative.

En ce qui a trait au contenu et à l'effet, le procureur général du Manitoba a proposé comme point de départ la définition suivante du mot règlement tirée du rapport sur les instruments statutaires du Comité MacGuigan (1969), à la p. 14:

[U]n règlement est une règle de conduite, décrétée par une autorité réglementante conformément à une loi du Parlement, qui a force de loi pour un nombre indéterminé de personnes;

Dans son contexte initial, la définition se rapporte précisément aux règlements, mais elle est utile pour élaborer une définition générale de l'expression «de nature législative».

Les expressions sur lesquelles il faut s'arrêter dans la citation qui précède, en ce qui concerne le contenu et l'effet des décrets, sont «règle de conduite», «force de loi» et «un nombre indéterminé de personnes». Une «règle de conduite» peut être décrite comme une règle qui fixe des normes de conduite, qui détermine de quelle manière des droits sont exercés et des responsabilités sont remplies. Si on la rattache à l'expression «force de

be unilateral and have binding legal effect. Finally, it must also apply to "an undetermined number of persons", that is, it must be of general application rather than directed at specific individuals or situations.

We emphasize again that the application of these criteria is directed toward meeting a constitutional minimum. Legislatures will often find it appropriate or desirable to translate instruments that go beyond these criteria. Obviously, this is a practice which is to be encouraged.

We further acknowledge that grey areas will arise where the application of the broad criteria outlined here will not provide a clear answer as to whether a particular instrument must be translated. Despite the parameters delineated earlier with respect to the requirements of the type of right under consideration here, it is a constitutional right and retains the force of its constitutional status. It would be wise for legislatures, in cases of doubt, to resolve that doubt in favour of the constitutional right.

Application of the Criteria

It is not possible to provide definitive answers with respect to some of the broad categories of orders in council listed by the parties in this action in constitutional questions 1 and 2. However, a general indication of how the criteria listed above might apply to these general categories, and how they would apply to specific examples within those categories can be given.

Question 1(a) relates to orders in council establishing: (1) health and social services district boards; (2) government departments; and (3) committees of cabinet. Both parties agree that orders in council establishing health and social services district boards should be translated. The Attorney General of Manitoba concedes that this is so because the establishment of such boards impacts on the rights and responsibilities of the public, or at least has the potential to do so. This sort of action can affect the level and type of health ser-

loi», la règle doit être unilatérale et avoir un effet juridique obligatoire. Finalement, elle doit également s'appliquer à «un nombre indéterminé de personnes», c'est-à-dire, qu'elle doit s'appliquer de façon générale plutôt que viser des personnes ou des situations précises.

Nous soulignons encore que l'application de ces critères vise à atteindre un minimum constitutionnel. Les assemblées législatives jugeront souvent approprié ou souhaitable de traduire des textes qui vont au-delà de ces critères. De toute évidence, il s'agit d'une pratique à encourager.

Nous reconnaissons en outre que des zones grises se dessineront lorsque l'application des critères généraux formulés en l'espèce n'apporteront pas de réponse claire à la question de savoir si un texte donné doit être traduit. Malgré les paramètres délimités précédemment à l'égard des exigences du genre de droit examiné en l'espèce, il s'agit d'un droit constitutionnel qui conserve la force de son statut constitutionnel. Il serait sage pour les assemblées législatives, en cas de doute, de trancher en faveur du droit prévu par la Constitution.

Application des critères

Il n'est pas possible de donner des réponses définitives à l'égard de certaines catégories générales de décrets énumérées par les parties en l'espèce dans les questions constitutionnelles 1 et 2. Toutefois, il est possible d'indiquer de façon générale comment les critères mentionnés ci-dessus pourraient s'appliquer à ces catégories et comment ils s'appliqueraient à des exemples précis pris dans ces catégories.

La question 1a) vise les décrets qui créent: (1) des conseils de district des services sociaux et de santé; (2) des ministères et (3) des comités du Cabinet. Les parties conviennent que les décrets créant des conseils de district des services sociaux et de santé devraient être traduits. Le procureur général du Manitoba l'admet parce que la création de ces conseils a une incidence sur les droits et les responsabilités du public ou, du moins, qu'elle présente cette possibilité. Ce genre de mesure peut avoir un effet sur le niveau et le genre de services

vices provided to the Manitoba public and may also give rise to general rules relating to access to services. Given the practice adopted by the Attorney General of Manitoba, it is unnecessary for this Court to provide a pronouncement on whether orders in council establishing health and social services districts will in every case constitute instruments of a legislative nature.

The Attorney General of Manitoba distinguishes orders in council establishing government departments and committees of cabinet from the above stating that they do not determine public rights and responsibilities. While it is conceivable that orders in council establishing government departments would not, it cannot be said that this would always be the case given the broad range of responsibilities that are undertaken by various departments. It seems that here too there is at least the potential to determine public rights and responsibilities. Consider, for example, the potential impact on the public of changes to the Department of Education. Orders in council establishing committees of cabinet are less likely to impinge on the public, being political creatures rather than statutory ones. In light of the above, we decline to provide a general answer with respect to such general categories. Specific instruments which fall in these general categories must be considered and assessed individually.

Question 1(b) relates to orders in council authorizing a Minister or a Crown corporation to enter into a contract. Generally, an instrument of this kind does not embody a rule of conduct which has the force of law and it clearly does not apply to an undetermined number of persons. The case may be different where the contract is entered into pursuant to statute, essentially as a substitute for enacting a regulation.

The instruments referred to in questions 1(c) and (e), relating to orders in council authorizing the issuing of grants to municipalities or community groups and to orders in council affecting the rights or responsibilities of a specific person or persons such as the issuing of a licence or permit to such

de santé assurés au public manitobain et peut également entraîner des règles générales relatives à l'accès aux services. Étant donné la pratique adoptée par le procureur général du Manitoba, il n'est pas nécessaire que notre Cour se prononce sur la question de savoir si des décrets qui établissent des districts des services sociaux et de santé constitueront dans tous les cas des textes de nature législative.

Le procureur général du Manitoba fait une distinction entre ces décrets et les décrets qui créent des ministères et des comités du Cabinet, disant que ces derniers ne déterminent pas de droits ou de responsabilités du public. Bien qu'on puisse concevoir que des décrets créant des ministères ne le fassent pas, on ne peut dire que ce serait toujours le cas étant donné la gamme étendue de responsabilités confiées aux divers ministères. Il semble que, ici également, il existe au moins la possibilité d'une détermination de certains droits et responsabilités du public. Prenons, par exemple, l'effet possible pour le public de changements intervenant au ministère de l'Éducation. Il est moins probable que des décrets créant des comités du Cabinet aient un impact sur le public, car ces comités sont des créations politiques plutôt que des créations de la loi. Compte tenu de ce qui précède, nous abstenons de donner une réponse générale à l'égard de catégories aussi générales. Les textes particuliers qui s'inscrivent dans ces catégories générales doivent être examinés et évalués de façon individuelle.

La question 1b) vise les décrets qui autorisent un ministre ou une société d'État à conclure un contrat. Habituellement, un texte de ce genre ne renferme pas une règle de conduite qui a force de loi et, de toute évidence, ne s'applique pas à un nombre indéterminé de personnes. La situation peut être différente lorsque le contrat est conclu en vertu de la loi et remplace essentiellement l'adoption d'un règlement.

Les textes visés aux questions 1c) et e), concernant des décrets autorisant le versement de subventions à des municipalités ou à des groupes communautaires et des décrets touchant les droits ou les responsabilités d'une personne déterminée ou de plusieurs, notamment les décrets prévoyant la déli-

person or persons, do not fall within s. 23 for the same reasons. Again, they do not embody a rule of conduct, nor do they have the force of law for an undetermined number of persons. Such grants and licences affect only identifiable and limited groups of people.

Question 1(d) relates to orders in council with respect to appointments generally and appointments of judges and members of quasi-judicial tribunals, and of persons to positions in the civil service and Crown corporations particularly. Specific appointments of persons to positions in the civil service and Crown corporations clearly do not meet any of the criteria which determine an instrument to be of a legislative nature. Generally, the same is true of appointments of judges and members of quasi-judicial tribunals. While persons appointed to such positions are thereby invested with "law-making" authority in so far as their role in developing the common law requires, the investment of this authority in a particular individual does not alter the rights and responsibilities of the public under existing legislation.

However, it is clear that exceptions to this general rule exist. One such exception raised in argument is the orders in council which authorized the creation of Manitoba's Aboriginal Justice Inquiry. This instrument did more than name two persons to preside over the Inquiry. It created broad-ranging powers which had not previously existed, for example subpoena powers, that clearly determined some of the rights and responsibilities of the Manitoba public. This type of order in council is subject to the requirements of s. 23.

Question 2 refers to a number of contracts and schedules which might be attached to the orders in council referred to in questions 1(b), (c) and (e). In most cases the instruments to which they would be attached are not subject to s. 23, as determined above; consequently these documents will rarely be subject to s. 23 either.

vance d'une licence ou d'un permis à ces personnes, ne relèvent pas de l'art. 23 pour les mêmes motifs. Là encore, ils ne renferment pas de règles de conduite et n'ont pas force de loi à l'égard d'un nombre indéterminé de personnes. Ces subventions et permis ne visent que des groupes de personnes identifiables et limités.

La question 1d) vise des décrets relatifs aux nominations en général ainsi qu'aux nominations de juges et de membres des tribunaux quasi judiciaires, et de personnes au sein de la fonction publique et de sociétés d'État. De toute évidence, les nominations précises de personnes au sein de la fonction publique et de sociétés d'État ne satisfont à aucun des critères de définition d'un texte de nature législative. De manière générale, c'est également vrai pour la nomination de juges et de membres de tribunaux quasi judiciaires. Bien que des personnes nommées à ces postes soient ainsi investies du pouvoir «de dire le droit» dans la mesure où l'exige leur rôle dans l'élaboration de la common law, l'attribution d'un tel pouvoir à une personne en particulier ne modifie pas les droits et les responsabilités du public en vertu des lois existantes.

Toutefois il est clair qu'il existe des exceptions à cette règle générale. Une de ces exceptions mentionnées au cours des débats concerne les décrets qui ont autorisé la création de la Commission d'enquête sur l'administration de la Justice et les autochtones du Manitoba. Ce texte faisait plus que nommer deux personnes chargées de présider la Commission d'enquête. Il créait de vastes pouvoirs qui n'existaient pas auparavant, par exemple en matière de citation à comparaître, et qui, de toute évidence, déterminaient des droits et responsabilités du public manitobain. Ce genre de décret est assujéti aux exigences de l'art. 23.

La question 2 vise un certain nombre de contrats et d'annexes qui peuvent être joints aux décrets visés aux questions 1b), c) et e). Puisque, selon ce qui précède, les textes auxquels ils seraient joints ne sont pas assujéti, dans la plupart des cas, à l'art. 23, ces documents seront rarement assujéti à l'art. 23.

Documents Incorporated by Reference

The second aspect of this case which must be addressed relates to documents incorporated by reference in "Acts of the Legislature". The question posed is which of these documents must be translated in accordance with the terms of this Court's earlier judgment in *Reference re Manitoba Language Rights, supra*. Again the Attorney General of Manitoba seeks to limit the documents which are required to be translated while the SFM essentially argues that all such documents are required to be translated.

The Threshold Questions

At the outset of this inquiry two threshold questions must be answered. First, is the primary instrument in which the document is incorporated an "Act of the Legislature"? Second, what is meant by "incorporation"? It is relatively easy to answer the first question. The first portion of this judgment relating to orders in council was directed toward determining what comprises an "Act of the Legislature". If the primary instrument in which the document is incorporated is not, on the application of the above criteria, "of a legislative nature" and is not itself subject to s. 23, obviously neither is the incorporated document.

The second question requires elaboration. Some documents are simply mentioned in legislative instruments; they need not be consulted before the operation of the instrument in question can be understood. Others are "incorporated by reference" in the sense that they are an integral part of the primary instrument as if reproduced therein. It is this latter type of incorporation that can be termed "true incorporation" and that potentially attracts translation obligations under s. 23. A clear example of a true incorporation can be found in *Attorney-General of Quebec v. Collier* (1985), 23 D.L.R. (4th) 339, [1985] C.A. 559 (upheld by this Court, [1990] 2 S.C.R. 260). There it was held that unilingual session papers effectively formed the substance of two bills which had been passed in both official languages (at p. 346 D.L.R.):

Les documents incorporés par renvoi

Le deuxième point à traiter en l'espèce concerne les documents incorporés par renvoi dans les «lois de la législature». La question est de savoir lesquels, parmi ces documents, doivent être traduits conformément aux termes de l'arrêt antérieur de notre Cour dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité. Là encore, le procureur général du Manitoba cherche à limiter les documents qui doivent être traduits alors que la SFM soutient essentiellement que tous ces documents doivent être traduits.

Les questions préliminaires

Au début du présent examen, il faut répondre à deux questions préliminaires. Premièrement, le texte primaire, celui auquel le document est incorporé, est-il une «loi de la législature»? Deuxièmement, que signifie «incorporation»? Il est relativement facile de répondre à la première question. La première partie du présent arrêt, qui se rapporte aux décrets, visait à déterminer ce qui constituait une «loi de la législature». Si le texte primaire auquel le document est incorporé n'est pas, en application des critères mentionnés précédemment, «de nature législative» et n'est pas lui-même assujéti à l'art. 23, il est évident que le document incorporé ne le sera pas non plus.

La deuxième question exige des précisions. Certains documents sont simplement mentionnés dans des textes législatifs; il n'est pas nécessaire de les consulter pour comprendre le texte lui-même. D'autres sont «incorporés par renvoi» en ce sens qu'ils font partie intégrante du texte primaire comme s'ils y étaient reproduits. C'est ce dernier type d'incorporation qui peut être qualifié d'«incorporation véritable» et qui est susceptible d'entraîner des obligations en matière de traduction aux termes de l'art. 23. Un exemple clair d'incorporation véritable se trouve dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Collier*, [1985] C.A. 559 (confirmé par notre Cour, [1990] 1 R.C.S. 260). Cet arrêt a conclu que des documents sessionnels unilingues formaient en fait la substance de deux projets de loi qui avaient été adoptés dans les deux langues officielles (à la p. 562):

[TRANSLATION] The two Acts themselves contain nothing or almost nothing which could, in itself, be considered as an implementation of its objectives. Therefore, everything is contained in the sessional papers and nothing in the actual provisions of the Act, aside from the reference to the sessional papers themselves. The papers are, therefore, in my view, the very essence and substance of Bills 70 and 105, which, without the papers, have no *raison d'être*. . . . [T]he sessional papers to which these two Acts refer are an integral part of them.

The Bona Fide Test

Once the two threshold questions have been answered in the affirmative, the central issue becomes whether or not there is a *bona fide* reason for incorporation without translation. To make this determination, the origin of the document and the purpose of its incorporation must be examined. If the document originates from the legislature which has incorporated it, it is clear that that document must be translated in accordance with the requirements of s. 23. It will be a rare occasion when a legislature can justify the incorporation of a document effectively generated by itself without translation. As was the case in *Collier, supra*, the incorporation will be found to be an ineffective attempt to skirt the constitutional translation guarantees with which we are here concerned.

As to how it might be determined whether the document is in fact generated by a government itself, it is useful to look to the connection referred to earlier between a government and a given instrument as articulated in *Blaikie (No. 2), supra*. Where a document is created by the legislature or the executive or where the document requires ministerial or legislative approval to give it life, the connection between the government and the document is sufficiently strong to conclude that the document is generated by the government itself.

The issue is more complex when the document in question originates from an independent body. There are a number of legitimate reasons why a legislature would choose to incorporate outside documents. If a legislature incorporated wholesale the legislation of another jurisdiction which it

Ces deux lois elles-mêmes ne contiennent rien ou presque qu'on pourrait isolément considérer comme une mise en œuvre des buts qu'elles poursuivent. Tout est donc contenu dans les documents sessionnels et rien dans le texte même de la loi, si ce n'est la référence aux documents sessionnels eux-mêmes. Ces documents sont donc, à mon avis, l'essence et la substance même des lois 70 et 105, lesquelles, sans ces documents, n'ont plus leur raison d'être. [. . .] [L]es documents sessionnels auxquels réfèrent ces deux lois en font partie intégrante.

Le critère de la raison légitime

Une fois que ces deux questions préliminaires ont reçu une réponse affirmative, la question principale est de savoir s'il existe une raison légitime d'incorporer le texte sans le traduire. Pour trancher cette question, il faut examiner l'origine du document et le but de son incorporation. Si le document provient de l'assemblée législative qui l'a incorporé, il est clair que ce document doit être traduit conformément aux exigences de l'art. 23. Une assemblée législative pourra rarement justifier l'incorporation sans traduction d'un document qu'elle a elle-même produit. Comme c'était le cas dans l'arrêt *Collier*, précité, on conclura que l'incorporation est une tentative inefficace de contourner les garanties constitutionnelles en matière de traduction visées en l'espèce.

Quant à la manière de déterminer si le document est en fait produit par le gouvernement lui-même, il est utile d'examiner le rapport mentionné précédemment entre un gouvernement et un texte donné, selon l'arrêt *Blaikie (n° 2)*, précité. Lorsqu'un document est créé par l'assemblée législative ou par l'exécutif ou lorsque le document exige une approbation ministérielle ou législative pour entrer en vigueur, le rapport entre le gouvernement et le document est suffisamment solide pour conclure que le document est produit par le gouvernement lui-même.

La question est plus complexe lorsque le document en question provient d'un organisme indépendant. Il y a plusieurs raisons justifiées pour une assemblée législative de choisir d'incorporer des documents provenant de sources extérieures. Si une assemblée législative incorporait en bloc la

could just as easily enact for itself, the action would clearly not meet the *bona fide* test. For example, it would not be acceptable for Manitoba to incorporate Saskatchewan's *Personal Property Security Act* by reference instead of enacting its own version of the legislation and to thereby avoid the requirements of s. 23. However, one jurisdiction sometimes incorporates the legislation of another by reference to allow for inter-governmental cooperation on particular issues. A good example of this practice is legislation providing for the reciprocal enforcement of orders made under the family law acts of different provinces. In this example, it is the original legislation which is authoritative so its incorporation would obviously not be intended as an evasion of s. 23 obligations.

Another situation where incorporation without translation is likely to be *bona fide* is one which involves the incorporation of standards set by a non-governmental standard setting body, for example, safety standards developed by a national or international body. Here it is usually legitimate for the legislature to rely on the technical expertise of such bodies. Specific examples provided to this Court in evidence included the incorporation in the Manitoba *Highway Traffic Act* of "Standards respecting motorcycle helmets" developed by the British Standards Institute and the incorporation in the *Steam and Pressure Plants Regulation* of "American National Standards Institute Safety Requirements for the Storage and Handling of Anhydrous Ammonia".

In cases such as those described in the paragraph above, translation is impracticable because of the fact that these standards are continually revised by the standard setting bodies. It would be difficult for a legislature to maintain an authoritative translation in the face of this practice. Sometimes in cases where international or national standards are used, translations are already available. But where they are not, it would defeat the purpose of incor-

législation d'un autre ressort qu'elle pourrait aussi facilement adopter elle-même, cette mesure, de toute évidence, ne satisferait pas au critère de la raison légitime. Par exemple, il ne serait pas acceptable que le Manitoba incorpore par renvoi la *Personal Property Security Act* de la Saskatchewan plutôt que d'adopter sa propre version de la loi, et éviter ainsi les exigences de l'art. 23. Cependant, il arrive parfois qu'un ressort donné incorpore une loi d'un autre ressort, par renvoi, afin de permettre la collaboration intergouvernementale sur des questions précises. Cette pratique est bien illustrée par la législation en matière d'exécution réciproque des ordonnances rendues aux termes des lois sur le droit de la famille des différentes provinces. Dans cet exemple, c'est la législation initiale qui fait autorité, de sorte que son incorporation ne serait évidemment pas considérée comme un moyen d'éviter les obligations qui découlent de l'art. 23.

Il y a une autre situation dans laquelle l'incorporation sans traduction peut être légitime, c'est le cas de l'incorporation de normes établies par un organisme normatif non gouvernemental, par exemple, des normes de sécurité élaborées par un organisme national ou international. Dans ce cas, il est habituellement légitime que l'assemblée législative se fonde sur l'expertise technique de ces organismes. Des exemples précis donnés à notre Cour à titre d'éléments de preuve comprennent l'incorporation dans le *Code de la route* du Manitoba des «Standards respecting motorcycle helmets» du British Standards Institute et l'incorporation dans le *Règlement sur les appareils sous pression et à vapeur* des «American National Standards Institute Safety Requirements for the Storage and Handling of Anhydrous Ammonia».

Dans des cas comme ceux qui sont décrits au paragraphe précédent, la traduction pose un problème pratique parce que ces normes sont révisées continuellement par l'organisme qui les élabore. Il serait difficile pour une assemblée législative de garder à jour une traduction qui fait autorité en raison de cette pratique. Dans les cas où des normes internationales ou nationales sont utilisées, les traductions sont parfois déjà disponibles. Toutefois,

porating an outside document to require translation in compliance with s. 23 and, in any event, it is unlikely that translation would guarantee accessibility to materials which are, practically speaking, inaccessible to the majority of citizens because of their technical nature.

Application of the Test

The questions put to this Court by the parties with respect to documents incorporated by reference in "Acts of the Legislature" are very general; consequently our responses must also be general. The specific examples raised above in the articulation of the *bona fide* test will be more useful in future attempts to apply the test than will be the following responses with respect to the types of documents raised in question 4.

Question 4(d) relates to instruments or documents created by departments, boards and agencies of the Government of the province of Manitoba and incorporated by reference in the laws of Manitoba. As articulated above, these will fall within s. 23 and will have to meet its translation requirements.

Question 4(b) relates to instruments or documents created by governments other than that of the province of Manitoba, including departments, boards and agencies of such governments, and incorporated by reference in the laws of Manitoba. These must meet the requirements of s. 23 unless it can be demonstrated that the incorporation without translation is a *bona fide* one within the meaning of the test outlined above.

Questions 4(a) and (c) relate to instruments or documents created by non-governmental and international organisations or persons and incorporated by reference in the laws of Manitoba. These will rarely require compliance with s. 23 because the *bona fide* test articulated above will more easily be met thereby justifying non-compliance.

lorsqu'elles ne le sont pas, il serait contraire à l'objet de l'incorporation d'un document externe d'exiger la traduction conformément à l'art. 23 et, de toute façon, il est peu probable que cette traduction garantisse l'accessibilité de documents qui, en pratique, sont déjà inaccessibles à la majorité des citoyens en raison de leur nature technique.

Application du critère

Les questions que les parties ont soumises à notre Cour relativement aux documents incorporés par renvoi dans les «lois de la législature» sont très générales; par conséquent, nos réponses doivent également être générales. Les exemples précis donnés plus haut à l'occasion de la formulation du critère de la raison légitime seront plus utiles à l'avenir pour l'application du critère que ne le seront les réponses suivantes concernant les types de documents visés à la question 4.

La question 4d) porte sur les textes ou documents émanant de ministères, de commissions ou d'agences du gouvernement de la province du Manitoba et incorporés par renvoi dans les lois du Manitoba. Comme il a été expliqué précédemment, ces documents relèvent de l'art. 23 et devront satisfaire à ses exigences en matière de traduction.

La question 4b) porte sur les textes ou documents émanant d'autres gouvernements que celui de la province du Manitoba, y compris des ministères, des commissions ou des agences de ces gouvernements, et qui sont incorporés par renvoi dans les lois du Manitoba. Ces documents doivent satisfaire aux exigences de l'art. 23 à moins qu'il ne soit démontré que l'incorporation sans traduction est légitime au sens du critère mentionné précédemment.

Les questions 4a) et c) concernent les textes ou documents émanant d'organisations ou de personnes non gouvernementales et internationales et incorporés par renvoi dans les lois du Manitoba. Le respect de l'art. 23 sera rarement exigé à l'égard de ces documents parce que le critère de la raison légitime énoncé précédemment sera plus facilement satisfait, et justifiera ainsi la non-application.

Extension of Time Period for Compliance

In the original Manitoba language reference from which this case arises, the Government of the province of Manitoba was given a maximum time period of temporary validity within which it had to comply with the terms of the judgment. That time period, arrived at by consent of the parties, was to extend to December 31, 1990 with respect to the kinds of instruments we are concerned with here. That date was subsequently extended until the handing down of this judgment. We are convinced that, in light of the genuine dispute which arose here as to the scope of this Court's previous judgment, a further extension of the time period is warranted for the same reasons a period of temporary validity was granted originally.

The duration of that time period should once again be left to an agreement between the parties. If the parties are unable to agree, they can return to this Court for guidance. To ensure that the instruments in question do not lose their force in the interim, we grant an extension of three months from the date this judgment is handed down within which the parties must arrive at an agreement with respect to the full duration of the extension,* or return to this Court for a determination.

Retroactivity of Instruments Enacted in the Interim

The parties have also inquired as to whether instruments enacted by the Government of the province of Manitoba only in English subsequent to this Court's judgment in *Reference re Manitoba Language Rights*, *supra*, but which are now deemed to fall within the scope of s. 23, can be rendered valid retroactively.

In *Reference re Manitoba Language Rights*, this Court took the position that (at p. 769):

The period of temporary validity will not apply to any unilingual Acts of the Legislature enacted after the date of judgment. From the date of judgment, laws which are not enacted, printed and published in both languages will be invalid and of no force and effect *ab initio*.

* See p. 235.

Prorogation du délai pour se conformer à l'arrêt

Dans le renvoi initial sur les droits linguistiques au Manitoba dont découle l'espèce, le gouvernement de la province du Manitoba a obtenu un délai maximum de validité temporaire à l'intérieur duquel il devait se conformer au jugement. Ce délai, qui avait été déterminé par l'accord des parties, devait prendre fin le 31 décembre 1990 pour le genre de textes visés en l'espèce. Ce délai a été prorogé par la suite jusqu'à la date du présent arrêt. Nous sommes convaincus que, compte tenu du litige véritable qui a été soulevé en l'espèce quant à la portée de l'arrêt antérieur de notre Cour, une nouvelle prorogation du délai se justifie pour les mêmes raisons que l'octroi initial d'une période de validité temporaire.

Encore une fois, les parties devront s'entendre sur la durée de ce délai. Si les parties sont incapables de s'entendre, elles peuvent revenir devant notre Cour pour obtenir des directives. Pour que les textes en question demeurent en vigueur entre temps, nous accordons aux parties une prorogation de trois mois à partir de la date du présent arrêt pour s'entendre sur la durée totale de la prorogation* ou revenir devant notre Cour pour obtenir une décision.

Caractère rétroactif des textes adoptés entre temps

Les parties ont également demandé si les textes adoptés par le gouvernement de la province du Manitoba en anglais seulement après l'arrêt de notre Cour *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, mais qui sont maintenant réputés assujettis à l'art. 23, peuvent être rendus valides rétroactivement.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, notre Cour a adopté la position suivante (à la p. 769):

Le délai de validité temporaire ne s'appliquera pas aux lois unilingues adoptées par la Législature après la date du présent jugement. À compter de la date de ce jugement, les lois qui ne seront pas adoptées, imprimées et publiées dans les deux langues seront invalides et inopérantes dès le départ.

* Voir p. 235.

Once again, however, given that a genuine dispute has arisen as to the scope of this Court's previous judgment, we find it appropriate to give such instruments the benefit of the extension of the compliance period. These instruments are declared temporarily valid for the three-month period provided for above, and will continue that validity provided that their compliance with s. 23 is achieved within the time period agreed upon by the parties.

IV. Conclusions and Disposition

Orders in Council

The requirements of s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* apply to orders in council which are determined to be of "a legislative nature".

To make this determination, the form, content and effect of the instrument in question must be considered:

(a) With respect to form, sufficient connection between the legislature and the instrument is indicative of a legislative nature. This connection is established where the instrument is, pursuant to legislation, enacted by the Government or made subject to the approval of the Government.

(b) With respect to content and effect, the following are indicative of a legislative nature:

(i) The instrument embodies a rule of conduct;

(ii) The instrument has the force of law; and

(iii) The instrument applies to an undetermined number of persons.

Documents Incorporated by Reference

The requirements of s. 23 also apply to documents incorporated by reference in Acts of the Manitoba Legislature if the following conditions are met:

Cependant, encore une fois, étant donné qu'un litige véritable a été soulevé quant à la portée de l'arrêt antérieur de notre Cour, nous sommes d'avis qu'il convient d'accorder à ces textes le bénéfice de la prorogation du délai pour se conformer aux exigences de l'arrêt. Ces textes sont déclarés temporairement valides pour la période de trois mois prévue précédemment et continueront d'être valides à la condition qu'ils respectent les obligations de l'art. 23 dans le délai convenu par les parties.

IV. Conclusions et dispositif

Décrets

Les exigences de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* s'appliquent aux décrets qui sont déterminés comme étant «de nature législative».

Pour faire cette détermination, il convient d'examiner la forme, le contenu et l'effet du texte en question:

a) En ce qui a trait à la forme, un lien suffisant entre l'Assemblée législative et le texte indique qu'il est de nature législative. Ce lien est établi lorsque le texte est adopté, en vertu de la loi, par le gouvernement ou assujéti à l'approbation du gouvernement.

b) En ce qui a trait au contenu et à l'effet, les éléments suivants indiquent la nature législative:

i) le texte comprend une règle de conduite;

ii) le texte a force de loi; et

iii) le texte s'applique à un nombre indéterminé de personnes.

Documents incorporés par renvoi

Les exigences de l'art. 23 s'appliquent également aux documents incorporés par renvoi dans les lois de l'Assemblée législative du Manitoba si les conditions suivantes sont respectées:

(a) The primary instrument in which the document is incorporated is a legislative instrument within the meaning articulated above;

(b) The incorporation is a true incorporation in that the document is an integral part of the primary instrument as if reproduced therein; and ^a

(c) The document was generated by the Manitoba Government. ^b

a) le texte primaire auquel le document est incorporé est un texte législatif au sens de la définition énoncée ci-dessus;

b) l'incorporation est une incorporation véritable, c'est-à-dire que le document fait partie intégrante du texte primaire comme s'il y était reproduit; et

c) le document a été produit par le gouvernement du Manitoba.

Even where the document is generated by an outside source, for example another government or a non-governmental body, it will still attract s. 23 obligations unless it can be shown that there was a *bona fide* purpose behind incorporation of it without translation. ^c

Même lorsque le document émane d'une source extérieure, par exemple un autre gouvernement ou un organisme non gouvernemental, il sera encore assujéti aux exigences de l'art. 23 à moins qu'on ne puisse démontrer que son incorporation sans traduction est fondée sur un motif légitime.

Extension of Time Period for Compliance

The period of temporary validity of Acts of the Manitoba Legislature which would currently be in force were it not for their constitutional defect will be extended for a period of time to be determined by agreement between the parties. The period of temporary validity is hereby extended for three months from the date this judgment is handed down. The parties must reach an agreement with respect to the further extension of the time period within those three months,* or apply to this Court for a determination of the issue. ^d

Prorogation du délai pour se conformer à l'arrêt

La période de validité temporaire des lois de l'Assemblée législative du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur n'était-ce le vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel est prorogée d'une période qui sera déterminée par accord entre les parties. La période de validité temporaire est par les présentes prorogée de trois mois à partir de la date du présent arrêt. Les parties doivent, avant l'expiration de ce délai de trois mois, parvenir à un accord sur la durée de la prorogation supplémentaire du délai* ou demander à notre Cour de rendre une décision à ce sujet. ^e

Retroactivity

Instruments enacted unilingually by the Government of Manitoba in between the handing down of *Reference re Manitoba Language Rights, supra*, and the handing down of this judgment, now deemed to fall within the scope of s. 23, will be rendered valid retroactively provided that compliance with s. 23 is achieved within the time period outlined above. The period of temporary validity will not, however, apply to any unilingual Acts of the Legislature enacted after the date of this judgment. ^f

Rétroactivité

Les textes unilingues adoptés par le gouvernement du Manitoba entre le prononcé du *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, et le prononcé du présent arrêt, qui sont maintenant réputés assujéttis à l'art. 23, deviendront valides rétroactivement pourvu qu'ils respectent les exigences de l'art. 23 dans le délai prévu ci-dessus. Toutefois, la période de validité temporaire ne s'appliquera pas aux lois unilingues de l'Assemblée législative adoptées après la date du présent arrêt. ^g

* See p. 235.

* Voir p. 235.

Judgment accordingly.

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

*Solicitors for the Attorney General of Quebec:
Jean-Yves Bernard, Louis Rochette and Marise
Visocchi, Ste-Foy.*

*Solicitor for the Attorney General of Manitoba:
The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitors for the Société franco-manitobaine:
Michel Bastarache, Ottawa; Thompson, Dorfman,
Sweatman, Winnipeg.*

*Solicitors for Roger Bilodeau: Baker, Zivot &
Co., Winnipeg.*

*Solicitor for the Fédération des francophones
hors Québec: François Dumaine, Ottawa.*

*Solicitor for Alliance Quebec: Stephen A. Scott,
Montréal.*

EDITOR'S NOTE

On April 22, 1992, the Attorney General of Manitoba filed a notice of agreement, which reads as follows:

NOTICE OF AGREEMENT

TAKE NOTICE that the parties hereto, the Attorney General of Manitoba and Société franco-manitobaine, by their respective solicitors, hereby agree that the period of temporary validity of Acts of the Manitoba Legislature which would currently be in force were it not for their constitutional defect, is to be extended to July 15, 1992, pursuant to the answer provided to question 6(a) in this Court's Reasons for Judgment pronounced January 23, 1992.

Jugement en conséquence.

*Procureur du procureur général du Canada:
John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs du procureur général du Québec:
Jean-Yves Bernard, Louis Rochette et Marise
Visocchi, Ste-Foy.*

*Procureur du procureur général du Manitoba:
Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureurs de la Société franco-manitobaine:
Michel Bastarache, Ottawa; Thompson, Dorfman,
Sweatman, Winnipeg.*

*Procureurs de Roger Bilodeau: Baker, Zivot &
Co., Winnipeg.*

*Procureur de la Fédération des francophones
hors Québec: François Dumaine, Ottawa.*

*Procureur d'Alliance Québec: Stephen A. Scott,
Montréal.*

NOTE DE L'ARRÉTISTE

Voici le texte de l'avis d'entente déposé par le procureur général du Manitoba le 22 avril 1992:

AVIS D'ENTENTE

PRENEZ ACTE que les parties aux présentes, le procureur général du Manitoba et la Société franco-manitobaine, conviennent, par l'intermédiaire de leurs procureurs respectifs, de proroger jusqu'au 15 juillet 1992 la période de validité temporaire des lois de la Législature du Manitoba qui seraient actuellement en vigueur, n'était-ce le vice dont elles sont entachées sur le plan constitutionnel, conformément à la réponse donnée à la question 6a) dans les motifs du jugement que la Cour a prononcés le 23 janvier 1992.

The Canadian Council of Churches *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen and The Minister of Employment and Immigration *Respondents*

and

The Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, The Quebec Multi Ethnic Association for the Integration of Handicapped People, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, Women's Legal Education and Action (LEAF) and Canadian Disability Rights Council (CDRC) *Interveners*

INDEXED AS: CANADIAN COUNCIL OF CHURCHES v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 21946.

1991: October 11; 1992: January 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Standing — Public interest group — Immigration Act amendments making provisions with respect to determination of refugee status more stringent — Public interest group active in work amongst refugees and immigrants — Action commenced to challenge constitutionality of Act under the Charter — Whether standing should be granted to challenge provisions — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

The Canadian Council of Churches is a federal corporation which represents the interests of a broad group of member churches including the protection and resettlement of refugees. The Council had expressed its concerns about the refugee determination process in the proposed amendments to the *Immigration Act, 1976*

Conseil canadien des Églises *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration *Intimés*

b

et

La Coalition des Organisations Provinciales Ombudsman des Handicapés, l'Association multi-ethnique pour l'intégration des personnes handicapées du Québec, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et le Conseil canadien des droits des personnes handicapées (CCDPH) *Intervenants*

e RÉPERTORIÉ: CONSEIL CANADIEN DES ÉGLISES c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 21946.

f 1991: 11 octobre; 1992: 23 janvier.

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

g EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Qualité pour agir — Groupe d'intérêt public — Modifications de la Loi sur l'immigration qui rendent plus stricte la détermination du statut de réfugié — Groupe d'intérêt public actif chez les réfugiés et les immigrants — Action intentée pour contester la constitutionnalité de la Loi en vertu de la Charte — Faut-il reconnaître au groupe qualité pour agir aux fins de la contestation des dispositions? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Le Conseil canadien des Églises est une société à charte fédérale qui représente les intérêts d'un vaste groupe d'Églises membres, y compris la protection et le rétablissement des réfugiés. Le Conseil a fait connaître aux membres du gouvernement et aux comités parlementaires chargés de l'étude du projet de loi ses préoc-

(which later came into force on January 1, 1989) to members of the government and to the parliamentary committees considering the legislation. These amendments changed the procedures for determining whether applicants came within the definition of a Convention Refugee.

The Council sought a declaration that many, if not most, of the amended provisions violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*. The Attorney General of Canada brought a motion to strike out the claim on the basis that the Council did not have standing to bring the action and had not demonstrated a cause of action. The application to strike out was dismissed at trial but to a large extent was granted on appeal. Appellant appealed and respondents cross-appealed. At issue here is whether the appellant should be granted status to proceed with an action challenging, almost in its entirety, the validity of the amended *Immigration Act, 1976*.

Held: The appeal should be dismissed; the cross-appeal should be allowed.

Recognition of the need to grant public interest standing, whether because of the importance of public rights or the need to conform with the *Constitution Act, 1982*, in some circumstances does not amount to a blanket approval to grant standing to all who wish to litigate an issue. A balance must be struck between ensuring access to the courts and preserving judicial resources. The courts must not be allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by well-meaning organizations pursuing their own particular cases.

Status has been granted to prevent the immunization of legislation or public acts from any challenge. Public interest standing, however, is not required when it can be shown on a balance of probabilities that the measure will be subject to attack by a private litigant. The principles for granting public standing set forth by this Court, while they should be given a liberal and generous interpretation, need not and should not be expanded.

cupations relativement au processus de détermination du statut de réfugié, prévu dans les modifications proposées à la *Loi sur l'immigration de 1976* (entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1989). Ces modifications portaient sur les dispositions visant à déterminer si un requérant est un réfugié au sens de la Convention.

Le Conseil a cherché à faire déclarer qu'un grand nombre sinon la plupart des dispositions modifiées contrevenaient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Déclaration canadienne des droits*. Le procureur général du Canada a déposé une requête en radiation de la demande au motif que le Conseil n'avait pas qualité pour intenter l'action et qu'il n'avait pas démontré une cause d'action. Cette demande a été rejetée en première instance, mais a en grande partie été accueillie en appel. L'appelant se pourvoit devant notre Cour et les intimés ont présenté un pourvoi incident. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'appelant a qualité pour agir dans une action portant, en grande partie, sur la validité des modifications apportées à la *Loi sur l'immigration de 1976*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Le pourvoi incident est accueilli.

La reconnaissance de la nécessité d'accorder qualité pour agir dans l'intérêt public dans certaines circonstances, que ce soit à cause de l'importance des droits publics ou de la nécessité de se conformer à la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne signifie pas que l'on reconnaît pour autant qualité pour agir à toutes les personnes qui désirent intenter une poursuite sur une question donnée. Il est essentiel d'établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Il ne faut pas que les tribunaux deviennent complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs.

La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d'empêcher que la loi ou les actes publics soient à l'abri des contestations. Il n'est pas nécessaire toutefois de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure. Il n'est pas nécessaire d'élargir les principes régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public, mais il faut les interpréter d'une façon libérale et souple.

Three aspects of the claim must be considered when public interest standing is sought. First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation in question? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or, if not, does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the Court?

Although the claim at issue made a sweeping attack on most of the many amendments to the Act, some serious issues as to the validity of the legislation were raised. Appellant had a genuine interest in this field. Each refugee claimant, however, has standing to initiate a constitutional challenge to secure his or her own rights under the *Charter* and the disadvantages faced by refugees as a group do not preclude their effective access to the court. Many refugee claimants can and have appealed administrative decisions under the statute and each case presented a clear concrete factual background upon which the decision of the court could be based. The possibility of the imposition of a 72-hour removal order against refugee claimants does not undermine their ability to challenge the legislative scheme. The Federal Court has jurisdiction to grant injunctive relief against a removal order. Given the average length of time required for an ordinary case to reach the initial "credible basis" hearing, there is more than adequate time for a claimant to prepare to litigate the possible rejection of the claim.

Cases Cited

Considered: *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435; *Australian Conservation Foundation Incorporated v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257; *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982); *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; **referred to:** *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Toth v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 86 N.R. 302; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

On doit tenir compte de trois aspects lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Premièrement, la question de l'invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu'il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

b

Bien que la déclaration en l'espèce attaque la plupart des nombreuses modifications apportées à la Loi, elle soulève certaines questions sérieuses quant à la validité de la loi. L'appelant avait un intérêt véritable à cet égard. Cependant, tous les demandeurs du statut de réfugié au pays ont qualité pour contester la constitutionnalité de la loi afin de faire assurer le respect des droits que leur garantit la *Charte*, et les désavantages que subissent les réfugiés en tant que groupe ne les empêchent pas d'utiliser efficacement l'accès qu'ils ont aux tribunaux. De nombreux demandeurs du statut de réfugié peuvent interjeter appel contre les décisions administratives prises en vertu de la loi et ils l'ont fait; chaque dossier renfermait un contexte factuel concret sur lequel le tribunal pouvait fonder sa décision. Le fait qu'un demandeur de statut risque d'être renvoyé dans un délai de 72 heures ne restreint pas sa possibilité de contester la loi. La Cour fédérale a compétence pour accorder une injonction relativement à une mesure de renvoi. Compte tenu du temps qui s'écoule en moyenne avant la tenue du premier palier d'audience visant à déterminer si la revendication possède «un minimum de fondement», un demandeur a plus de temps que nécessaire pour préparer une poursuite relative à l'éventuel rejet de sa revendication.

g

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Gouriet c. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435; *Australian Conservation Foundation Incorporated c. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257; *Valley Forge Christian College c. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982); *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés:** *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Toth c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 86 N.R. 302; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Preamble, s. 7.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, as am. by S.C. 1988, c. 35 and c. 36.

Authors Cited

Australia. Australian Law Reform Commission. Discussion Paper No. 4. *Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits*. Sydney: 1977.
 Canada. Auditor General. *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, Fiscal Year Ended 31 March 1990*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.
 Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, Inc., 1988.
United States Constitution, Article III, s. 2(1).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 534, 36 F.T.R. 80, 68 D.L.R. (4th) 197, 106 N.R. 61, 46 C.R.R. 290, 44 Admin. L. R. 56, 10 Imm. L. R. (2d) 81, allowing an appeal from a judgment of Rouleau J., [1989] 3 F.C. 3, 27 F.T.R. 129, 41 C.R.R. 152, 38 Admin. L. R. 269, 8 Imm. L. R. (2d) 298, dismissing a motion to strike out. Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Steven M. Barrett, Barb Jackman and Ethan Poskanzer, for the appellant.

Graham R. Garton, for the respondents.

Anne M. Molloy, for the interveners The Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and The Quebec Multi Ethnic Association for the Integration of Handicapped People.

David Matas and Marvin Kurz, for the intervenor League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Mary Eberts and Dulcie McCallum, for the interveners Women's Legal Education and Action

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, Préambule, art. 7.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, mod. par S.C. 1988, ch. 35 et 36.

***a* Doctrine citée**

Australia. Australian Law Reform Commission. Discussion Paper No. 4. *Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits*. Sydney: 1977.
 Canada. Vérificateur général. *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes, pour l'exercice financier clos le 31 mars 1990*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1990.
Constitution des États-Unis, Article III, sect. 2(1).
 Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, Inc., 1988.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 534, 36 F.T.R. 80, 68 D.L.R. (4th) 197, 106 N.R. 61, 46 C.R.R. 290, 44 Admin. L. R. 56, 10 Imm. L. R. (2d) 81, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Rouleau, [1989] 3 C.F. 3, 27 F.T.R. 129, 41 C.R.R. 152, 38 Admin. L. R. 269, 8 Imm. L. R. (2d) 298, qui rejetait une requête en radiation. Pourvoi rejeté; pourvoi incident accueilli.

Steven M. Barrett, Barb Jackman et Ethan Poskanzer, pour l'appellant.

Graham R. Garton, pour les intimés.

Anne M. Molloy, pour les intervenants la Coalition des Organisations Provinciales Ombudsman des Handicapés et l'Association multi-ethnique pour l'intégration des personnes handicapées du Québec.

David Matas et Marvin Kurz, pour l'intervenant la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Mary Eberts et Dulcie McCallum, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques

(LEAF) and Canadian Disability Rights Council (CDRC).

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—At issue on this appeal is whether the Canadian Council of Churches should be granted status to proceed with an action challenging, almost in its entirety, the validity of the amended *Immigration Act, 1976* which came into effect January 1, 1989.

Factual Background

The Canadian Council of Churches (the Council), a federal corporation, represents the interests of a broad group of member churches. Through an Inter-Church Committee for Refugees it coordinates the work of the churches aimed at the protection and resettlement of refugees. The Council together with other interested organizations has created an organization known as the Concerned Delegation of Church, Legal, Medical and Humanitarian Organizations. Through this body the Council has commented on the development of refugee policy and procedures both in this country and in others.

In 1988 the Parliament of Canada passed amendments to the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, by S.C. 1988, c. 35 and c. 36. The amended act came into force on January 1, 1989. It completely changed the procedures for determining whether applicants come within the definition of a Convention Refugee. While the amendments were still under consideration the Council expressed its concerns about the proposed new refugee determination process to members of the government and to the parliamentary committees which considered the legislation. On the first business day after the amended act came into force, the Council commenced this action, seeking a declaration that many if not most of the amended provisions violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III. The Attorney General of Canada brought a motion to strike out the claim on the basis that the Council did not have standing to

pour les femmes (FAEJ) et le Conseil canadien des droits des personnes handicapées (CCDPH).

Version française du jugement de la Cour rendu
a par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi vise à déterminer si le Conseil canadien des Églises a qualité pour agir dans une action portant, presque dans sa totalité, sur la validité des modifications apportées à la *Loi sur l'immigration de 1976*, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

c Les faits

Le Conseil canadien des Églises (le Conseil), société à charte fédérale, représente les intérêts d'un vaste groupe d'Églises membres. Par l'intermédiaire du Comité inter-Églises pour les réfugiés, il coordonne le travail des Églises en ce qui a trait à la protection et au rétablissement des réfugiés. Le Conseil et d'autres organismes intéressés ont constitué une organisation appelée Concerned Delegation of Church, Legal, Medical and Humanitarian Organizations. Par l'intermédiaire de cet organisme, le Conseil a fait des commentaires sur l'élaboration des politiques et des procédures applicables aux réfugiés, tant au Canada qu'à l'étranger.

En 1988, le Parlement du Canada a adopté des modifications à la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, par S.C. 1988, ch. 35 et 36. La loi modifiée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Elle a modifié en profondeur les dispositions visant à déterminer si un requérant est un réfugié au sens de la Convention. Pendant que les modifications étaient encore à l'étude, le Conseil a fait connaître aux membres du gouvernement et aux comités parlementaires chargés de l'étude des modifications ses préoccupations relativement au nouveau processus de détermination du statut de réfugié. Le Conseil a intenté la présente action le premier jour ouvrable après l'entrée en vigueur de la loi modifiée et a cherché à faire déclarer qu'un grand nombre sinon la plupart des dispositions modifiées contrevenaient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III. Le procureur général du Canada a déposé une requête en

bring the action and had not demonstrated a cause of action.

Proceedings in the Courts Below

Federal Court, Trial Division, Rouleau J., [1989] 3 F.C. 3

Rouleau J. dismissed the application. His judgment reflects his concern that there might be no other reasonable, effective or practical manner to bring the constitutional question before the Court. He was particularly disturbed that refugee claimants might be faced with a 72-hour removal order. In his view, such an order would not leave sufficient time for an applicant to attempt either to stay the proceedings or to obtain an injunction restraining the implementation removal order.

Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 534

MacGuigan J.A. speaking for a unanimous Court allowed the appeal and set aside all but four aspects of the statement of claim.

In his view the real issue was whether or not there was another reasonably effective or practical manner in which the issue could be brought before the Court. He thought there was. He observed that the statute was regulatory in nature and individuals subject to its scheme had, by means of judicial review, already challenged the same provisions impugned by the Council. Thus there was a reasonable and effective alternative manner in which the issue could properly be brought before the Court.

He went on to consider in detail the allegations contained in the statement of the claim. He concluded that some were purely hypothetical, had no merit and failed to disclose any reasonable cause of action. He rejected other claims on the grounds that they did not raise a constitutional challenge and others on the basis that they raised issues that had already been resolved by recent decisions of the Federal Court of Appeal.

radiation de la demande au motif que le Conseil n'avait pas qualité pour intenter l'action et qu'il n'avait pas démontré qu'il y avait une cause d'action.

^a

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Section de première instance de la Cour fédérale, le juge Rouleau, [1989] 3 C.F. 3

^b

Le juge Rouleau a rejeté la requête. Sa décision indique qu'il s'est préoccupé du fait qu'il pourrait bien n'exister aucune autre manière raisonnable, efficace ou pratique de soumettre la question constitutionnelle à la cour. Il s'est dit particulièrement troublé par le fait que les demandeurs du statut de réfugié sont susceptibles d'être renvoyés dans les 72 heures. À son avis, un demandeur n'aurait pas suffisamment de temps pour tenter d'obtenir un arrêt des procédures ou une injonction qui empêcherait l'exécution de la mesure de renvoi.

^c

^d

La Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 534

^e

Le juge MacGuigan, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, a fait droit à l'appel, excepté quant à quatre allégations contenues dans la déclaration.

^f

^g

^h

À son avis, la véritable question est de savoir s'il existe une autre manière raisonnablement efficace ou pratique de soumettre la question à la cour. À son avis, la réponse est affirmative. Il fait remarquer qu'il s'agit d'une loi de nature réglementaire et que des personnes qu'elle vise ont déjà, au moyen de l'examen judiciaire, contesté les dispositions attaquées par le Conseil. Il existe donc à son avis une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

ⁱ

^j

Il examine ensuite en détail les allégations contenues dans la déclaration. Il conclut que certaines d'entre elles sont purement hypothétiques, sont dénuées de fondement et ne soulèvent aucune cause raisonnable d'action. Il en rejette d'autres au motif qu'elles ne procèdent pas d'une atteinte à la Constitution et d'autres au motif qu'elles soulèvent des questions déjà tranchées par la Cour d'appel fédérale dans des décisions récentes.

He granted the Council standing on the following matters raised on the statement of claim.

1. The claim in paragraph 3(c) of the statement of claim which alleges that the requirement that detainees obtain counsel within 24 hours from the making of a removal order violates s. 7 of the *Charter* (at p. 558);^a

2. The claim in paragraph 6(a) which alleges that provisions temporarily excluding claimants from having claims considered violate s. 7 of the *Charter* (at p. 554);^c

3. The claim in paragraph 10(a) which alleges that provisions allowing the removal of a claimant within 72 hours leave too short a time to consult counsel and violate s. 7 of the *Charter* (at p. 561);^d

4. The claim in paragraph 14(c) which alleges that the provisions permitting the removal of a claimant with a right to appeal within 24 hours if a notice of appeal is not filed in that time violate the Constitution (at p. 562).^e

The appellant seeks to have the order of the Federal Court of Appeal set aside. The respondents has cross-appealed to have the remaining positions of the statement of claim struck out.^g

Issues

The principal question to be resolved is whether the Federal Court of Appeal erred in holding that the Canadian Council of Churches should be denied standing to challenge many of the provisions of the *Immigration Act, 1976*.

The secondary issue is whether the Federal Court of Appeal erred in holding that certain allegations in the statement of claim failed to disclose a cause of action and others were hypothetical or premature.^j

Le juge MacGuigan statue que le Conseil a qualité pour agir relativement aux allégations suivantes de la déclaration:

1. L'allégation formulée à l'alinéa 3c) de la déclaration, selon laquelle il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte* d'exiger d'une personne sous garde qu'elle obtienne les services d'un avocat dans les 24 heures suivant la prise d'une mesure de renvoi (à la p. 558);

2. L'allégation formulée à l'alinéa 6a), selon laquelle certaines dispositions excluant temporairement certains demandeurs du processus de détermination des revendications contreviendraient à l'art. 7 de la *Charte* (à la p. 559);

3. L'allégation formulée à l'alinéa 10a), selon laquelle les dispositions concernant le renvoi d'un demandeur dans un délai de 72 heures ne laissent pas suffisamment de temps au demandeur pour consulter un avocat et contreviennent à l'art. 7 de la *Charte* (à la p. 561);

4. L'allégation formulée à l'alinéa 14c), selon laquelle les dispositions autorisant le renvoi d'un demandeur 24 heures après qu'il a été avisé de son droit d'appel, si l'avis d'appel n'a pas été déposé dans ce délai de 24 heures, iraient à l'encontre de la Constitution (à la p. 562).

L'appelant tente de faire annuler l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale. Les intimés intentent un pourvoi incident en vue de faire rejeter les autres dispositions de la déclaration.

Les questions en litige

La question principale est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en statuant que le Conseil canadien des Églises n'avait pas qualité pour contester un grand nombre des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*.ⁱ

La question accessoire est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en statuant que certaines des allégations de la déclaration ne révélaient pas de cause d'action et que d'autres étaient hypothétiques ou prématurées.

The Approaches Taken in Other Common Law Jurisdictions to Granting Parties' Status to Bring Action

It may be illuminating to consider by way of comparison the position taken in other common law jurisdictions on this issue of standing. The highest Courts of the United Kingdom, Australia and the United States have struggled with the problem. They have all recognized the need to balance the access of public interest groups to the Courts against the need to conserve scarce judicial resources. It will be seen that each of these jurisdictions has taken a more restrictive approach to granting status to parties than have the courts in Canada.

The United Kingdom

Traditionally only the Attorney General of the United Kingdom had standing to litigate matters for the protection of public rights. The Attorney General was not a member of cabinet and as a result had a greater appearance of independence from the political branch of government than holders of the same office in other jurisdictions. As well, it must be remembered that in the United Kingdom, Parliament is supreme. Thus there is no prospect of the courts' finding that the government has acted unconstitutionally as there is in Canada and the United States.

The English courts have developed three exceptions to the rule that only the Attorney General can represent the interests of the public. First an individual may have standing to litigate a question of public right if the impugned activity simultaneously affects the individual's private rights. Second, an individual may bring an action claiming a violation of a public right if that individual suffered special damage as a result of the impugned activity. Thirdly, a local authority may bring an action where it considers it necessary to protect or promote the interests of the citizens within its borders.

These exceptions were affirmed in *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435, at

Les méthodes adoptées dans les autres pays de common law relativement à la reconnaissance de l'intérêt requis pour intenter une action

Il peut être intéressant de comparer la position adoptée par d'autres pays de common law relativement à la question de la qualité pour agir. Les tribunaux de la plus haute instance au Royaume-Uni, en Australie et aux États-Unis se sont trouvés aux prises avec ce problème. Ils ont tous reconnu la nécessité de soulever l'accès des groupes d'intérêt public aux tribunaux par rapport à la nécessité d'économiser les ressources judiciaires limitées. On se rendra compte que chacun de ces pays a adopté une attitude plus restrictive que les tribunaux canadiens relativement à la reconnaissance de l'intérêt pour agir.

a Le Royaume-Uni

Traditionnellement, seul le procureur général du Royaume-Uni avait qualité pour agir dans les poursuites visant la protection des droits publics. Le procureur général ne faisait pas partie du Cabinet et avait donc une plus grande apparence d'indépendance du pouvoir politique que les titulaires de fonctions similaires dans d'autres pays. On doit aussi se rappeler que le Royaume-Uni reconnaît la suprématie du Parlement. En conséquence, les tribunaux ne peuvent statuer que le gouvernement a agi d'une façon inconstitutionnelle comme ce peut être le cas au Canada et aux États-Unis.

Les tribunaux anglais ont élaboré trois exceptions à la règle selon laquelle seul le procureur général peut représenter les intérêts du public. Premièrement, un particulier peut avoir qualité pour agir dans une poursuite concernant un droit public si l'activité attaquée lèse en même temps ses droits privés. Deuxièmement, un particulier peut intenter une action alléguant la violation d'un droit public s'il a subi un dommage spécial en raison de l'activité attaquée. Troisièmement, une autorité locale peut intenter une action dans les cas où elle l'estime nécessaire pour protéger ou favoriser les intérêts des citoyens à l'intérieur de ses limites.

Ces exceptions ont été confirmées dans l'arrêt *Gouriet c. Union of Post Office Workers*, [1978]

p. 506. In that case the plaintiff sought standing to obtain an injunction against a postal union. It was argued that the union's announced plan that it would not process any mail for South Africa for a period of one week would violate the criminal law. The Attorney General refused to bring an action against the union. Yet, the House of Lords refused to grant standing to Gouriet. It held that he could only litigate the issue in a relator action brought by the Attorney General.

There are now various statutes in the United Kingdom which provide that a Court may in certain circumstances grant an applicant leave to bring an action. Recent cases have turned upon the wording of the particular statutory provisions and as a result they are of limited assistance in consideration of the issue in Canada.

Australia

The Australian Law Reform Commission published a paper on the question of public interest standing in 1977, (*Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits* (No. 4, 1977)). The report reviewed circumstances which had resulted in demand for increased access to the Courts in common law jurisdictions. It identified the first as the introduction of legal aid which permitted socially-disadvantaged citizens to assert their private legal rights. The second was the provision of legal representation for "diffuse" interest groups in areas such as consumer and environmental protection. It noted that these organizations often raise issues that are not connected with the private rights or interests in property which would provide the traditional common law basis for standing. The Commission put forward three alternative solutions to the question of when standing should be granted. They were as follows:

A.C. 435, à la p. 506. Dans cet arrêt, le demandeur voulait qu'on lui reconnaisse qualité pour demander une injonction contre un syndicat des postes. Il soutenait que le plan annoncé par le syndicat de ne pas traiter pendant une semaine de courrier à destination de l'Afrique du sud contrevenait aux règles de droit pénal. Le procureur général n'a pas voulu intenter une poursuite contre le syndicat. La Chambre des lords a néanmoins refusé de reconnaître à Gouriet qualité pour agir. Elle a statué que Gouriet ne pouvait être partie au litige que dans une action intentée par le procureur général, à l'instigation d'un tiers.

Il existe maintenant diverses lois au Royaume-Uni qui prévoient qu'un tribunal peut dans certaines circonstances autoriser une personne à intenter une action. La jurisprudence récente a porté sur l'interprétation du libellé des dispositions législatives en question et présente donc peu d'utilité aux fins de l'examen de cette question au Canada.

L'Australie

La Commission de réforme du droit de l'Australie a publié en 1977 un document sur la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public (*Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits* (No. 4, 1977)). Ce rapport examinait les circonstances ayant donné lieu à une demande accrue d'accès aux tribunaux dans les ressorts de common law. Selon ce rapport, la première a été l'établissement des régimes d'assistance juridique qui ont permis aux citoyens socialement désavantagés de faire valoir leurs droits juridiques privés. La deuxième a été la prestation de services de représentation par avocat aux groupes d'intérêt «diffus» dans des domaines comme la protection des consommateurs et de l'environnement. Le rapport indiquait que ces organismes soulèvent souvent des questions qui ne se rattachent pas aux droits ou aux intérêts fonciers des particuliers, qui constituent le fondement traditionnel de la common law quant à la qualité pour agir. La Commission a présenté trois solutions de rechange quant à la reconnaissance de la qualité pour agir:

(1) Open Door Policy. This would allow any person to take any proceedings in the public law area and reliance would be placed on the discipline of costs to limit the number of these cases.

(2) United States Method. The so called United States method would enable the Courts to screen the proposed plaintiffs as a part of the determination of the particular case.

(3) Preliminary Screening. This method would institute a preliminary screening procedure which would be undertaken by the Court before the substantive issue was considered.

The Commission recommended the open-ended approach. The report did not discuss the relative merits of introducing reforms by means of legislation or through the evolution of the common law. Nor did it address concerns as to what should be the role of the courts, a matter which is crucial to the American approach to the question.

Subsequent to the publication of the Law Reform Report the High Court of Australia considered the problem in *Australian Conservation Foundation Incorporated v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257 (H.C.). The Foundation was an environmental group very active in Australia. It challenged a decision made by the Government of Australia to establish a resort area. The challenge was based upon environmental legislation which, the majority of the High Court concluded, did not create any private rights. It determined the only duty the legislation imposed was a public one cast upon the Minister, which was not owed to any one individual. The application of the Conservation Foundation for status as a party was therefore rejected.

Gibbs J. put the position in this way at p. 270:

A belief, however strongly felt, that the law generally, or a particular law, should be observed, or that conduct of a particular kind should be prevented, does not suffice to give its possessor *locus standi*. If that were not

(1) La politique de la porte ouverte. Cette politique permettrait à qui que ce soit d'intenter une poursuite dans le domaine du droit public, mais c'est au moyen des coûts que l'on réussirait à restreindre le nombre de poursuites.

(2) La méthode américaine. La méthode dite américaine permettrait aux tribunaux de filtrer les demandeurs dans le cadre de la détermination d'une affaire particulière.

(3) L'examen préliminaire. Cette méthode établirait une procédure d'examen préliminaire par le tribunal qui aurait lieu avant celui de la question de fond.

La Commission a recommandé la politique de la porte ouverte. Elle n'a pas analysé le bien-fondé relatif de mesures de réforme introduites par voie législative ou suivant l'évolution de la common law. Elle n'a pas non plus examiné quel devrait être le rôle des tribunaux, question essentielle dans le cadre de la méthode américaine.

À la suite de la publication du rapport de la Commission de réforme du droit, la Haute Cour de l'Australie a analysé le problème dans l'arrêt *Australian Conservation Foundation Incorporated c. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257 (H.C.). La Foundation était un groupe environnemental fort actif en Australie. Elle contestait une décision prise par le gouvernement de l'Australie relativement à l'établissement d'une zone touristique. Cette contestation était fondée sur une loi environnementale qui, comme l'a conclu la Haute Cour à la majorité, ne créait aucun droit privé. La Haute Cour a statué que la seule obligation prescrite par la loi était une obligation publique imposée au ministre et dont il n'avait pas à s'acquitter envers les particuliers. La cour a donc rejeté la demande de la Conservation Foundation qui voulait qu'on lui reconnaisse qualité pour agir dans cette affaire.

Le juge Gibbs présente ainsi son point de vue, à la p. 270:

[TRADUCTION] La croyance, si forte soit-elle, que la loi en général, ou une loi particulière, doit être respectée, ou qu'il y a lieu d'empêcher une conduite particulière, ne suffit pas pour conférer à son auteur qualité pour agir. Si

so, the rule requiring special interest would be meaningless. Any plaintiff who felt strongly enough to bring an action could maintain it.

He specifically rejected the Foundation's claim that it had a special interest either as a result of its communication with the Government on the issue or because its membership had chosen to specify environmental protection as one of its objects.

In concurring reasons Mason J. observed that the Canadian approach as expressed in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, was directly contradicted in Australia by cases holding that the taxpayer has no standing to challenge the validity of a statute which authorizes the appropriation or expenditure of funds in a suit for declaratory relief.

Thus, despite the report and recommendation of the Australian Law Reform Commission, the position taken in that country on the issue of granting status is far more restrictive than it is in Canada.

The United States of America

Article III of the Constitution of the United States is the source of the authority of Federal Courts which extends to all "cases and controversies". This provision provides:

Section 2, Clause 1. Subjects of jurisdiction. The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States and Treaties made, or which shall be made, under their Authority,—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls,—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States, —between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and

tel n'était pas le cas, la règle exigeant un intérêt spécial n'aurait aucune signification. Tout demandeur assez fermement convaincu pour intenter une action pourrait le faire.

Le juge Gibbs a spécifiquement refusé de reconnaître un intérêt spécial à la Foundation, que ce soit parce qu'elle aurait eu des communications avec le gouvernement sur la question ou parce que ses membres avaient choisi expressément la protection de l'environnement comme l'un de ses objets.

Dans des motifs concordants, le juge Mason a fait remarquer que la démarche canadienne exprimée dans l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, a été directement contredite par les tribunaux australiens qui ont statué que le contribuable n'avait pas qualité pour contester, dans le cadre d'une demande de jugement déclaratoire, la validité d'une loi autorisant l'affectation ou la dépense de fonds.

En conséquence, malgré le rapport et la recommandation de la Commission de réforme du droit de l'Australie, la position australienne a été beaucoup plus restrictive qu'au Canada pour ce qui est de la reconnaissance de la qualité pour agir.

Les États-Unis d'Amérique

L'article III de la Constitution des États-Unis est le fondement du pouvoir dévolu aux tribunaux fédéraux, lequel s'étend à l'ensemble des «causes et des différends». Il prévoit, entre autres:

[TRADUCTION*] SECTION 2.—(1) Le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les causes, en droit (*Law*) et en équité (*Equity*), survenues sous l'empire de la présente constitution, des lois des États-Unis, des traités conclus, ou qui seraient conclus, sous leur autorité; à toutes les causes concernant les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls; à toutes les causes d'amirauté et de juridiction maritime; aux différends dans lesquels les États-Unis seront partie; aux différends entre deux ou plusieurs États; [entre un État et les citoyens d'un autre État]; entre citoyens de différents États; entre citoyens d'un même État réclamant des terres en vertu de conces-

* Traduit par S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers* (1982), à la p. 33.

between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

The United States Supreme Court has interpreted this provision as restricting access to the courts to litigants who have suffered a personal injury which they wish to redress. The leading decision on the question is *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982). In that case, a group of citizens challenged the Federal Government's decision to give property to a Christian educational institution without charge. It was the group's contention that the gift of state property violated the Constitution. It claimed standing on the basis that each of their members was an individual taxpayer and that the gift constituted an improper use of their taxes. Rehnquist J. gave the reasons for the majority denying standing to the group. He interpreted Article III as demanding the fulfilment of three conditions. In order to secure standing a plaintiff must show:

- (1) "he has personally suffered some actual or threatened injury" as a result of the impugned act,
- (2) that the injury "fairly can be traced to the challenged action" and
- (3) that the injury is "likely to be redressed by a favorable decision".

To these constitutional requirements for standing, Rehnquist J. added "prudential principles". He determined that a court may exercise its discretion to deny standing even if all the above conditions were met if the plaintiff presents "abstract questions of wide public significance", rests its claim on the rights of third parties, or does not present a claim falling within the "zone of interests" protected by the law in question.

sions d'autres États; [entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers].

Selon l'interprétation donnée à cette disposition par la Cour suprême des États-Unis, l'accès aux tribunaux est restreint aux parties qui ont subi un préjudice personnel relativement auquel elles désirent obtenir réparation. L'arrêt de principe sur la question est *Valley Forge Christian College c. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982). Dans cette affaire, un groupe de citoyens contestaient la décision du gouvernement fédéral de donner une propriété, à titre gratuit, à un établissement d'enseignement chrétien. Le groupe soutenait qu'il était contraire à la Constitution de donner des biens de l'État. Il prétendait avoir qualité pour agir au motif que chacun de ses membres était un contribuable et que cette donation constituait un usage abusif de leurs impôts. Le juge Rehnquist, s'exprimant au nom de la majorité, a refusé de reconnaître au groupe qualité pour agir. Selon son interprétation, l'application de l'Article III doit respecter trois conditions. Pour se faire reconnaître qualité pour agir, le demandeur doit établir trois choses:

- (1) [TRADUCTION] «il a personnellement subi ou risque de subir un préjudice» en raison de l'action contestée;
- (2) le préjudice [TRADUCTION] «peut en toute équité être attribué à l'action contestée»;
- (3) le préjudice [TRADUCTION] «sera vraisemblablement réparé par une décision favorable».

Outre ces exigences constitutionnelles relatives à la qualité pour agir, le juge Rehnquist a mentionné l'existence de «principes de prudence». Il a statué qu'un tribunal peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de reconnaître la qualité pour agir même si toutes les conditions qui précèdent sont respectées, lorsque le demandeur soulève [TRADUCTION] «des questions abstraites d'une grande importance pour le public», fait reposer sa demande sur les droits de tierces parties ou ne présente pas une demande qui entre dans le [TRADUCTION] «champ des intérêts» protégés par le texte législatif en question.

He observed that, "This Court repeatedly has rejected claims of standing predicated "on the right, possessed by every citizen, to require that the Government be administered according to law'" He expressed his concern that the Federal Court should not overstep its traditional role by entering into conflict with the legislative branch over claims asserted by individuals who have not suffered a "cognizable injury".

Tribe has referred to the position taken by the Supreme Court of the United States as "one of the most criticized aspects of constitutional law". (See *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 110.) However, he carefully noted that the court's position was a legitimate approach to standing based upon a coherent view of the role of the courts. He observed that a narrow rule of standing enhanced the view that the Federal Court should determine issues between private parties and not take on a role "as the branch of government best able to develop a coherent interpretation of the Constitution . . ." He noted that the courts' resistance to hearing cases brought by those without a personal interest in the impugned activity of the state is founded on a policy of deference to the legislature. He observed that the Congress may, if it wishes, pass legislation which allows for more generous standing than that which the court has discretion to award since Article III limits the court's discretion on standing but not that of the legislature.

Once again it will be seen that the principles enunciated by the United States Supreme Court on standing are more restrictive than those that are applicable in Canada.

The Question of Standing in Canada

Courts in Canada like those in other common law jurisdictions traditionally dealt with individu-

Il a fait remarquer que [TRADUCTION] «la Cour a maintes fois refusé de reconnaître la qualité pour agir «à une personne dont la demande reposait sur le droit de tout citoyen d'exiger que le gouvernement soit administré conformément à la loi» . . .» Il a ensuite indiqué que la Cour fédérale ne devrait pas outrepasser son rôle traditionnel en entrant en conflit avec le pouvoir législatif relativement à des demandes émanant de particuliers qui n'ont pas subi un [TRADUCTION] «préjudice réglable par les voies de justice».

Tribe a dit que la position adoptée par la Cour suprême des États-Unis constitue [TRADUCTION] «l'un des aspects les plus critiqués du droit constitutionnel». (Voir *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), à la p. 110.) Toutefois, il a pris soin de noter que la position adoptée par la cour constituait une méthode légitime d'aborder la question de la qualité pour agir, qui se fondait sur une analyse cohérente du rôle des tribunaux. Il a fait remarquer qu'une interprétation restrictive de la qualité pour agir renforçait la position que la Federal Court devrait trancher des litiges opposant des particuliers et ne pas assumer un rôle [TRADUCTION] «à titre de branche gouvernementale la mieux en mesure de formuler une interprétation cohérente de la Constitution . . .» Selon M. Tribe, c'est par respect pour la législature que les tribunaux s'opposent à instruire des actions intentées par des personnes n'ayant pas un intérêt personnel dans l'activité contestée de l'État. Il a ajouté que le Congrès peut, s'il le désire, adopter un texte législatif qui permettra d'interpréter la question de la qualité pour agir d'une façon plus libérale que ne le peut un tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, puisque l'Article III restreint le pouvoir discrétionnaire du tribunal quant à la qualité pour agir, mais pas celui de la législature.

On constate encore une fois que les principes formulés par la Cour suprême des États-Unis relativement à la qualité pour agir sont plus limitatifs que ceux qui sont applicables au Canada.

La question de la qualité pour agir au Canada

À l'instar des autres ressorts de common law, les tribunaux canadiens ont traditionnellement

als. For example, courts determine whether an individual is guilty of a crime; they determine rights as between individuals; they determine the rights of individuals in their relationships with the state in all its various manifestations. One great advantage of operating in the traditional mode is that the courts can reach their decisions based on facts that have been clearly established. It was by acting in this manner that the courts established the rule of law and provided a peaceful means of resolving disputes. Operating primarily, if not almost exclusively, in the traditional manner courts in most regions operate to capacity. Courts play an important role in our society. If they are to continue to do so care must be taken to ensure that judicial resources are not overextended. This is a factor that will always have to be placed in the balance when consideration is given to extending standing.

On the other hand there can be no doubt that the complexity of society has spawned ever more complex issues for resolution by the courts. Modern society requires regulation to survive. Transportation by motor vehicle and aircraft requires greater regulation for public safety than did travel by covered wagon. Light and power provided by nuclear energy requires greater control than did the kerosene lamp.

The state has been required to intervene in an ever more extensive manner in the affairs of its citizens. The increase of state activism has led to the growth of the concept of public rights. The validity of government intervention must be reviewed by courts. Even before the passage of the *Charter* this Court had considered and weighed the merits of broadening access to the courts against the need to conserve scarce judicial resources. It expanded the rules of standing in a trilogy of cases; *Thorson v. Attorney General of Canada*, *supra*, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, and *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575. Writing for the majority in *Borowski*, *supra*, Martland J. set forth the condi-

tranché des litiges touchant des particuliers. Par exemple, les tribunaux déterminent si une personne est coupable d'un acte criminel, ils tranchent les droits entre les particuliers et ils déterminent les droits des particuliers dans tous leurs rapports avec l'État. Un grand avantage de cette conception traditionnelle est que les tribunaux peuvent prendre leurs décisions en fonction de faits clairement établis. C'est ainsi que les tribunaux ont établi la primauté du droit et constitué un mode pacifique de règlement des différends. Oeuvrant principalement, sinon presque exclusivement de la façon traditionnelle, les tribunaux de la plupart des régions fonctionnent à pleine capacité. Les tribunaux jouent un rôle important dans notre société. Si l'on veut qu'ils continuent d'assumer ce rôle, on doit s'assurer qu'il n'y a pas surutilisation des ressources judiciaires. C'est là un facteur dont on doit toujours tenir compte quand on envisage d'étendre la qualité pour agir.

Par contre, on ne peut mettre en doute que la complexité de la société ait donné naissance à des questions encore plus complexes qui doivent être tranchées par les tribunaux. La société moderne a besoin de réglementation pour survivre. Le transport routier et aérien exige une plus grande réglementation pour la sécurité du public que ne le demandait le transport par chariot couvert. La production de lumière et d'électricité par énergie nucléaire nécessite une plus grande réglementation que l'éclairage à la lampe à pétrole.

L'État a dû intervenir d'une façon encore plus étendue dans la vie de ses citoyens. L'activisme accru de l'État a donné lieu à un élargissement du concept des droits publics. La validité de l'intervention gouvernementale doit être examinée par les tribunaux. Même avant l'adoption de la *Charte*, notre Cour avait soupesé le bien-fondé d'accroître l'accès aux tribunaux par rapport à la nécessité d'économiser les ressources judiciaires limitées. La Cour a élargi les règles de la qualité pour agir dans une trilogie d'arrêts: *Thorson c. Procureur général du Canada*, précité, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, et *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575. S'exprimant au nom de la majorité

tions which a plaintiff must satisfy in order to be granted standing, at p. 598:

... to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

Those then were the conditions which had to be met in 1981.

In 1982 with the passage of the *Charter* there was for the first time a restraint placed on the sovereignty of Parliament to pass legislation that fell within its jurisdiction. The *Charter* enshrines the rights and freedoms of Canadians. It is the courts which have the jurisdiction to preserve and to enforce those *Charter* rights. This is achieved, in part, by ensuring that legislation does not infringe the provisions of the *Charter*. By its terms the *Charter* indicates that a generous and liberal approach should be taken to the issue of standing. If that were not done, *Charter* rights might be unenforced and *Charter* freedoms shackled. The *Constitution Act, 1982* does not of course affect the discretion courts possess to grant standing to public litigants. What it does is entrench the fundamental right of the public to government in accordance with the law.

The rule of law is recognized in the preamble of the *Charter* which reads:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

The rule of law is thus recognized as a corner stone of our democratic form of government. It is the rule of law which guarantees the rights of citizens to protection against arbitrary and unconstitutional government action. This same right is affirmed in s. 52(1) which states:

dans *Borowski*, précité, le juge Martland a énoncé les conditions auxquelles un demandeur doit satisfaire pour se voir reconnaître qualité pour agir, à la p. 598:

... pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

C'étaient là les conditions auxquelles on devait satisfaire en 1981.

L'adoption de la *Charte* en 1982 a restreint pour la première fois la souveraineté du Parlement d'adopter des lois relevant de sa compétence. La *Charte* constitutionnalise les droits et libertés des Canadiens. Il appartient aux tribunaux de préserver et de faire respecter les droits garantis par la *Charte*. À cette fin, ils doivent notamment veiller à ce que les lois ne contreviennent pas aux dispositions de la *Charte*. Le texte même de la *Charte* indique qu'il faut interpréter d'une façon souple et libérale la question de la qualité pour agir. Sinon, on ne pourrait assurer le respect des droits garantis par la *Charte* et on entraverait l'exercice des libertés prévues par la *Charte*. Il va sans dire que la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas le pouvoir discrétionnaire que les tribunaux ont de reconnaître qualité pour agir à des parties d'intérêt public. Elle constitutionnalise le droit fondamental du public d'être gouverné conformément aux règles de droit.

La primauté du droit est d'ailleurs reconnue dans le préambule de la *Charte*:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit:

La primauté du droit est donc reconnue comme la pierre angulaire de notre système démocratique. C'est la primauté du droit qui garantit au citoyen le droit d'être protégé contre toute mesure gouvernementale arbitraire et inconstitutionnelle. Ce même droit est confirmé au par. 52(1):

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Parliament and the legislatures are thus required to act within the bounds of the constitution and in accordance with the *Charter*. Courts are the final arbiters as to when that duty has been breached. As a result, courts will undoubtedly seek to ensure that their discretion is exercised so that standing is granted in those situations where it is necessary to ensure that legislation conforms to the Constitution and the *Charter*.

The question of standing was first reviewed in the post-*Charter* era in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607. In that case Le Dain J. speaking for the Court, extended the scope of the trilogy and held that courts have a discretion to award public interest standing to challenge an exercise of administrative authority as well as legislation. He based this conclusion on the underlying principle of discretionary standing which he defined as a recognition of the public interest in maintaining respect for "the limits of statutory authority".

The standard set by this Court for public interest plaintiffs to receive standing also addresses the concern for the proper allocation of judicial resources. This is achieved by limiting the granting of status to situations in which no directly affected individual might be expected to initiate litigation. In *Finlay, supra*, it was specifically recognized that the traditional concerns about widening access to the courts are addressed by the conditions imposed for the exercise of judicial discretion to grant public interest standing set out in the trilogy. Le Dain J. put it in this way, at p. 631:

... the concern about the allocation of scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody;

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

^a Le Parlement et les législatures sont donc tenus d'agir à l'intérieur des limites de la Constitution et en conformité avec la *Charte*. C'est aux tribunaux qu'il incombe en dernier ressort de déterminer s'il y a eu violation de cette obligation. En conséquence, ils veilleront indubitablement à exercer leur pouvoir discrétionnaire de façon à reconnaître qualité pour agir dans les cas où ils doivent le faire pour s'assurer que la loi en question est compatible avec la Constitution et la *Charte*.

Après l'adoption de la *Charte*, c'est dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, que la question de la qualité pour agir a été examinée pour la première fois. Dans cet arrêt, le juge Le Dain, au nom de la Cour, a élargi la portée de la trilogie et statué que les tribunaux peuvent, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public pour contester un exercice de l'autorité administrative aussi bien qu'un texte de loi. Il a fondé cette conclusion sur le principe sous-jacent à l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard de la qualité pour agir, qu'il définit comme une reconnaissance de l'intérêt public dans le maintien et le respect des «limites de l'autorité législative».

Le critère énoncé par notre Cour quant à la reconnaissance de la qualité pour agir à des parties d'intérêt public tient également compte de la question de l'affectation judiciaire des ressources judiciaires. À cette fin, le tribunal limite la reconnaissance de la qualité pour agir aux cas où il s'attend qu'aucune personne directement lésée n'intentera de poursuite. Dans l'arrêt *Finlay*, précité, on a spécifiquement reconnu que les préoccupations traditionnelles concernant l'élargissement de l'accès aux tribunaux trouvent leur réponse dans les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public, exposés dans la trilogie. Le juge Le Dain s'exprime ainsi, à la p. 631:

... la crainte d'une dissipation de ressources judiciaires limitées et la nécessité d'écarter les trouble-fête; la pré-

the concern that in the determination of issues the courts should have the benefit of the contending points of view of those most directly affected by them; and the concern about the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government. These concerns are addressed by the criteria for the exercise of the judicial discretion to recognize public interest standing to bring an action for a declaration that were laid down in *Thorson, McNeil and Borowski*.

Should the Current Test for Public Interest Standing be Extended

The increasing recognition of the importance of public rights in our society confirms the need to extend the right to standing from the private law tradition which limited party status to those who possessed a private interest. In addition some extension of standing beyond the traditional parties accords with the provisions of the *Constitution Act, 1982*. However, I would stress that the recognition of the need to grant public interest standing in some circumstances does not amount to a blanket approval to grant standing to all who wish to litigate an issue. It is essential that a balance be struck between ensuring access to the courts and preserving judicial resources. It would be disastrous if the courts were allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by a well-meaning organizations pursuing their own particular cases certain in the knowledge that their cause is all important. It would be detrimental, if not devastating, to our system of justice and unfair to private litigants.

The whole purpose of granting status is to prevent the immunization of legislation or public acts from any challenge. The granting of public interest standing is not required when, on a balance of probabilities, it can be shown that the measure will be subject to attack by a private litigant. The principles for granting public standing set forth by this Court need not and should not be expanded. The

occupation des tribunaux, quand ils statuent sur des points litigieux, d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vues et la préoccupation relative au rôle propre des tribunaux et à leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement. Ces préoccupations trouvent leur réponse dans les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de reconnaître qualité pour demander dans l'intérêt public un jugement déclaratoire, que les arrêts *Thorson, McNeil et Borowski* exposent.

Devrait-on élargir le critère actuel de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public?

La reconnaissance grandissante de l'importance des droits publics dans notre société vient confirmer la nécessité d'élargir la reconnaissance du droit à la qualité pour agir par rapport à la tradition de droit privé qui reconnaissait qualité pour agir aux personnes possédant un intérêt privé. En outre, un élargissement de la qualité pour agir au delà des parties traditionnelles est compatible avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, je tiens à souligner que la reconnaissance de la nécessité d'accorder qualité pour agir dans l'intérêt public dans certaines circonstances ne signifie pas que l'on reconnaîtra pour autant qualité pour agir à toutes les personnes qui désirent intenter une poursuite sur une question donnée. Il est essentiel d'établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Ce serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante. Cela serait préjudiciable, voire accablant, pour notre système de justice et injuste pour les particuliers.

La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d'empêcher que la loi ou les actes publics soient à l'abri des contestations. Il n'est pas nécessaire de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contester la mesure. Il n'est pas nécessaire d'élargir les principes régissant la reconnaissance de la qualité

decision whether to grant status is a discretionary one with all that that designation implies. Thus undeserving applications may be refused. Nonetheless, when exercising the discretion the applicable principles should be interpreted in a liberal and generous manner.

The Application of the Principles for Public Interest Standing to this Case

It has been seen that when public interest standing is sought, consideration must be given to three aspects. First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation in question? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or if not does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the court?

(1) *Serious Issue of Invalidity*

It was noted in *Finlay, supra*, that the issues of standing and of whether there is a reasonable cause of action are closely related and indeed tend to merge. In the case at bar the Federal Court of Appeal in its careful reasons turned its attention to the question of whether the amended statement of claim raised a reasonable cause of action. The claim makes a wide sweeping and somewhat disjointed attack upon most of the multitudinous amendments to the *Immigration Act, 1976*. Some of the allegations are so hypothetical in nature that it would be impossible for any court to make a determination with regard to them. In many ways the statement of claim more closely resembles submissions that might be made to a parliamentary committee considering the legislation than it does an attack on the validity of the provisions of the legislation. No doubt the similarity can be explained by the fact that the action was brought on the first working day following the passage of the legislation. It is perhaps unfortunate that this court is asked to fulfil the function of a motion's

pour agir dans l'intérêt public établis par notre Cour. La décision d'accorder la qualité pour agir relève d'un pouvoir discrétionnaire avec tout ce que cette désignation implique. Les demandes sans mérite peuvent donc être rejetées. Néanmoins, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter les principes applicables d'une façon libérale et souple.

L'application à l'espèce des principes de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public

On a vu qu'il faut tenir compte de trois aspects lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Premièrement, la question de l'invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu'il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

(1) *Question sérieuse quant à l'invalidité de la loi*

Dans l'arrêt *Finlay*, précité, on a fait remarquer que les questions de la qualité pour agir et de la cause d'action raisonnable sont étroitement liées et ont tendance à se chevaucher. En l'espèce, la Cour d'appel fédérale, dans des motifs soigneusement rédigés, a analysé la question de savoir si la déclaration modifiée soulevait une cause d'action raisonnable. La déclaration attaque globalement et d'une façon quelque peu décousue la plupart des nombreuses modifications apportées à la *Loi sur l'immigration de 1976*. Certaines des allégations sont tellement hypothétiques qu'aucun tribunal ne pourrait se prononcer à leur sujet. À de nombreux égards, la déclaration ressemble davantage à des propos qui pourraient être présentés devant un comité parlementaire chargé de l'examen d'une loi qu'à une attaque contre la validité de la loi. La similitude peut sans doute s'expliquer par le fait que l'action a été intentée le premier jour ouvrable suivant l'adoption de la loi. Il est peut-être regrettable que l'on demande à notre Cour d'exercer les fonctions d'un juge des requêtes qui doit se pro-

court judge reviewing the provisions of a statement of claim. However, I am prepared to accept that some aspects of the statement of claim could be said to raise a serious issue as to the validity of the legislation.

(2) Has the Plaintiff Demonstrated a Genuine Interest?

There can be no doubt that the applicant has satisfied this part of the test. The Council enjoys the highest possible reputation and has demonstrated a real and continuing interest in the problems of the refugees and immigrants.

(3) Whether there is Another Reasonable and Effective Way to Bring the Issue Before the Court

It is this third issue that gives rise to the real difficulty in this case. The challenged legislation is regulatory in nature and directly affects all refugee claimants in this country. Each one of them has standing to initiate a constitutional challenge to secure his or her own rights under the *Charter*. The applicant Council recognizes the possibility that such actions could be brought but argues that the disadvantages which refugees face as a group preclude their effective use of access to the court. I cannot accept that submission. Since the institution of this action by the Council, a great many refugee claimants have, pursuant to the provisions of the statute, appealed administrative decisions which affected them. The respondents have advised that nearly 33,000 claims for refugee status were submitted in the first 15 months following the enactment of the legislation. In 1990, some 3,000 individuals initiated claims every month. The Federal Court of Appeal has a wide experience in this field. MacGuigan J.A., writing for the court, took judicial notice of the fact that refugee claimants were bringing forward claims akin to those brought by the Council on a daily basis. I accept without hesitation this observation. It is clear therefore that many refugee claimants can and have appealed administrative decisions under the statute. These actions have frequently been before the courts. Each case presented a clear concrete

noncer sur les énoncés d'une déclaration. Toutefois, je suis disposé à accepter que certains aspects de la déclaration soulèvent une question sérieuse quant à la validité de la loi.

(2) Le demandeur a-t-il démontré un intérêt véritable?

Il n'y a pas de doute que le requérant a satisfait à cette partie du critère. Le Conseil jouit de la meilleure réputation possible et il a démontré un intérêt réel et constant dans les problèmes des réfugiés et des immigrants.

(3) Y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

C'est cette troisième question qui soulève la véritable difficulté en l'espèce. La loi contestée est de nature réglementaire et elle touche directement tous les demandeurs du statut de réfugié au pays. Chacun d'entre eux a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi afin de faire assurer le respect des droits que lui garantit la *Charte*. Le Conseil requérant reconnaît que ces actions pourraient être intentées, mais soutient que les désavantages que subissent les réfugiés en tant que groupe les empêchent d'utiliser efficacement l'accès qu'ils ont aux tribunaux. Je ne peux accepter cette prétention. Depuis que le Conseil a intenté la présente action, un grand nombre de demandeurs du statut de réfugié ont, conformément aux dispositions de la loi, interjeté appel de décisions administratives les concernant. Selon les intimés, presque 33 000 demandes de statut de réfugié ont été présentées au cours des 15 premiers mois suivant l'adoption de la loi. En 1990, quelque 3 000 demandes ont été présentées chaque mois. La Cour d'appel fédérale a une vaste expérience dans ce domaine. Le juge MacGuigan, s'exprimant au nom de la cour, a admis d'office que des demandeurs de statut intentaient déjà couramment des actions semblables à celles intentées par le Conseil. J'accepte cette observation sans hésitation. Il est donc évident que de nombreux demandeurs de statut peuvent interjeter appel contre les décisions administratives prises en vertu de la loi et qu'ils l'ont fait. Les tribunaux ont fréquemment été saisis de ces demandes.

factual background upon which the decision of the court could be based.

The appellant also argued that the possibility of the imposition of a 72-hour removal order against refugee claimants undermines their ability to challenge the legislative scheme. I cannot accept that contention. It is clear that the Federal Court has jurisdiction to grant injunctive relief against a removal order: see *Toth v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 86 N.R. 302 (F.C.A.). Further, from the information submitted by the respondents it is evident that persons submitting claims to refugee status in Canada are in no danger of early or speedy removal. As of March 31, 1990 it required an average of five months for a claim to be considered at the initial "credible basis" hearing. It is therefore clear that in the ordinary case there is more than adequate time for a claimant to prepare to litigate the possible rejection of the claim. However, even where the claims have not been accepted "the majority of removal orders affecting refugee claimants have not been carried out". (See *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, Fiscal Year Ended 31 March 1990*, at pp. 352-53, paragraph 14.43.) Even though the Federal Court has been prepared in appropriate cases to exercise its jurisdiction to prevent removal of refugee claimants there is apparently very little need for it to do so. The means exist to ensure that the issues which are sought to be litigated on behalf of individual applicants may readily be brought before the court without any fear that a 72-hour removal order will deprive them of their rights.

From the material presented, it is clear that individual claimants for refugee status, who have every right to challenge the legislation, have in fact done so. There are, therefore, other reasonable methods of bringing the matter before the Court. On this ground the applicant Council must fail. I would hasten to add that this should not be inter-

Chaque dossier renfermait un contexte factuel concret sur lequel le tribunal pouvait fonder sa décision.

L'appelant soutient aussi que le fait qu'un demandeur de statut risque d'être renvoyé dans un délai de 72 heures restreint sa possibilité de contester la loi. Je ne puis accepter cette prétention. Il est évident que la Cour fédérale a compétence pour accorder une injonction relativement à une mesure de renvoi, voir *Toth c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 86 N.R. 302 (C.A.F.). Par ailleurs, d'après les renseignements fournis par les intimés, il est évident que les demandeurs du statut de réfugié au Canada ne risquent pas de faire l'objet d'une mesure de renvoi hâtive ou accélérée. Selon les données existantes au 31 mars 1990, il fallait en moyenne cinq mois avant la tenue du premier palier d'audience visant à déterminer si la revendication possède «un minimum de fondement». Il est donc évident qu'en temps normal un demandeur a plus de temps que nécessaire pour préparer une poursuite relative à l'éventuel rejet de sa revendication. Toutefois, même dans les cas où les revendications ne sont pas acceptées, «la majorité des ordonnances de renvoi touchant des demandeurs du statut de réfugié n'ont pas été exécutées». (Voir *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes, pour l'exercice financier clos le 31 mars 1990*, à la p. 390, par. 14.43.) Bien que la Cour fédérale ait été disposée dans les cas appropriés à exercer sa compétence afin d'empêcher le renvoi de demandeurs de statut, elle n'aurait apparemment guère besoin de le faire. Il existe des moyens d'assurer que la cour puisse rapidement être saisie des questions que l'on cherche à faire trancher pour le compte d'un requérant particulier, sans crainte qu'une mesure de renvoi dans un délai de 72 heures puisse le priver de ses droits.

Il ressort des documents présentés que des demandeurs individuels du statut de réfugié, qui ont le droit de contester la loi, s'en sont prévalu. Il existe donc d'autres méthodes raisonnables de saisir la cour de la question. Pour ce motif, le Conseil requérant ne peut avoir gain de cause. Je m'empresserais d'ajouter que cette décision ne devrait

preted as a mechanistic application of a technical requirement. Rather it must be remembered that the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge. Here there is no such immunization as plaintiff refugee claimants are challenging the legislation. Thus the very rationale for the public interest litigation party disappears. The Council must, therefore, be denied standing on each of the counts of the statement of claims. This is sufficient to dispose of the appeal. The respondents must also succeed on their cross-appeal to strike out what remained of the claim as the plaintiff council does not satisfy the test for standing on any part of the statement of claim. I would simply mention two other matters.

Intervener Status

It has been seen that a public interest litigant is more likely to be granted standing in Canada than in other common law jurisdictions. Indeed if the basis for granting status were significantly broadened, these public interest litigants would displace the private litigant. Yet the views of the public litigant who cannot obtain standing need not be lost. Public interests organizations are, as they should be, frequently granted intervener status. The views and submissions of interveners on issues of public importance frequently provide great assistance to the courts. Yet that assistance is given against a background of established facts and in a time frame and context that is controlled by the courts. A proper balance between providing for the submissions of public interest groups and preserving judicial resources is maintained.

Review of the Statement of Claim to Determine if it Discloses a Cause of Action

In light of the conclusion that the appellant has no status to bring this action, there is no need to consider the statement of claim in detail. Had it

pas être interprétée comme le résultat d'une application mécaniste d'une exigence technique. On doit plutôt se rappeler que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est de garantir qu'une loi n'est pas à l'abri de la contestation. En l'espèce, la loi ne l'est pas puisque des demandeurs du statut de réfugié la conteste. En conséquence, le motif à la base même de la reconnaissance à une partie de la qualité pour agir dans l'intérêt public disparaît. Le Conseil n'a donc pas qualité pour agir relativement à chacun des énoncés de la déclaration. Cela suffit pour trancher le présent pourvoi. En outre, les intimés doivent avoir gain de cause dans leur pourvoi incident visant à faire annuler les dispositions restantes de la demande puisque le Conseil demandeur ne répond au critère de la qualité pour agir pour aucune partie de la déclaration. Je ne mentionnerais que deux autres questions.

L'intérêt pour agir de l'intervenant

On a soutenu qu'une partie d'intérêt public a plus de chances de se voir reconnaître qualité pour agir au Canada que dans les autres pays de common law. En effet, si l'on élargissait sensiblement la qualité pour agir, ces parties d'intérêt public supplanteraient les particuliers. Toutefois, le point de vue de ces parties qui ne peuvent se faire reconnaître qualité pour agir ne doit pas nécessairement passer inaperçu. Des organismes de défense de l'intérêt public se voient souvent accorder, à bon droit, le statut d'intervenant. Les opinions et les arguments des intervenants sur des questions d'importance publique sont souvent d'une aide considérable pour les tribunaux. Cette aide est apportée en fonction de faits établis et dans des délais et suivant le contexte que déterminent les tribunaux. On maintient alors un juste équilibre entre la possibilité pour les groupes d'intérêt public de présenter leurs arguments et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires.

Examen de la déclaration pour déterminer s'il existe une cause d'action

Étant donné la conclusion que l'appelant n'a pas d'intérêt pour intenter la présente action, il n'est pas nécessaire d'examiner la déclaration en détail.

been necessary to do so I would have had some difficulty agreeing with all of the conclusions of the Federal Court of Appeal on this issue. Perhaps it is sufficient to set out once again the principles which should guide a court in considering whether a reasonable cause of action has been disclosed by a statement of claim. It was put in this way by Wilson J. giving the reasons of this Court in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980:

... assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case.

If these guidelines had been followed a different result would have been reached with regard to some aspects of this statement of claim. A party who did have standing might well find in this vast broadside of grievances some telling shots that would form the basis for a cause of action somewhat wider than that permitted by the Federal Court of Appeal.

Disposition of the Result

In the result I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal on the basis that the plaintiff does not satisfy the test for public interest standing. Both the dismissal of the appeal and the allowance of the cross-appeal are to be without costs.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

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

Solicitors for the interveners The Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and The Quebec Multi-Ethnic Association for the Inte-

S'il s'était révélé nécessaire de le faire, j'aurais eu certaines difficultés à souscrire à toutes les conclusions de la Cour d'appel fédérale. Peut-être suffit-il d'énoncer encore une fois les principes qui devraient guider le tribunal lorsqu'il doit déterminer si une déclaration révèle une cause raisonnable d'action. Pour reprendre les propos du juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour, dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la p. 980:

... dans l'hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? Comme en Angleterre, s'il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être «privé d'un jugement». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d'action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d'intenter son action.

Si elle avait suivi ces directives, la Cour d'appel fédérale serait arrivée à une conclusion différente relativement à certains aspects de la déclaration. Une partie qui avait qualité pour agir pouvait bien trouver dans cette avalanche de revendications des éléments qui serviraient de base à une cause d'action plus large que celle qu'a accordée la Cour d'appel fédérale.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident au motif que le demandeur ne répond pas au critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public, le tout sans dépens tant pour le pourvoi que pour le pourvoi incident.

Pourvoi rejeté; pourvoi incident accueilli.

Procureurs de l'appelant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur des intimés: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs des intervenants la Coalition des Organisations Provinciales Ombudsman des Handicapés et l'Association multi-ethnique pour l'inté-

gration of Handicapped People: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Solicitors for the intervener League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg, and Dale Streiman and Kurz, Brampton.

Solicitors for the interveners Women's Legal Education and Action (LEAF) and Canadian Disability Rights Council (CDRC): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto and Dulcie McCallum, Victoria.

gration des personnes handicapées du Québec: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureurs de l'intervenant la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg, et Dale Streiman and Kurz, Brampton.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et le Conseil canadien des droits des personnes handicapées (CCDPH): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto et Dulcie McCallum, Victoria.

Michel Généreux Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. GÉNÉREUX

File No.: 22103.

1991: June 5; 1992: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL COURT OF CANADA

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Courts martial — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether s. 11 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to General Court Martial proceedings — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — General Court Martial — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether structure of General Court Martial infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to be tried by independent and impartial tribunal — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether General Court Martial an independent and impartial tribunal — Whether s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms offers greater protection than s. 11(d) of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Military personnel — Member of Canadian Armed Forces charged with narcotics

Michel Généreux Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. GÉNÉREUX

N^o du greffe: 22103.

^b

1991: 5 juin; 1992: 13 février.

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

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR MARTIALE DU CANADA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Cours martiales — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — L'article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'une cour martiale générale? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cour martiale générale — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — L'organisation de la cour martiale générale porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — La cour martiale générale est-elle un tribunal indépendant et impartial? — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés offre-t-il une plus grande protection que l'art. 11d) de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Personnel militaire — Membre des Forces armées canadiennes accusé d'infractions en matière

offences and tried before military tribunal under National Defence Act — Civilian charged with same offences entitled to trial before ordinary criminal court — Whether trial by military tribunal infringed s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 130.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found following search of accused's home — Procedure for obtaining search warrant unacceptable — Accused's right against unreasonable search infringed — Whether narcotics evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

The accused, a corporal with the Canadian Armed Forces, was charged with possession of narcotics for the purpose of trafficking contrary to s. 4 of the *Narcotic Control Act* and with desertion contrary to s. 88(1) of the *National Defence Act*. He was tried by a General Court Martial and convicted. His appeal to the Court Martial Appeal Court was dismissed. The main issue raised in this appeal is whether a General Court Martial is an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both the judge advocate and the majority of the Court Martial Appeal Court found that the General Court Martial met the standard of independence required by s. 11(d) of the *Charter*.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered. The structure of the General Court Martial at the time of the accused's trial infringed his right to be tried by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. The infringement was not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

(1) *Application of s. 11 of Charter*

An accused who is charged with offences under the Code of Service Discipline and is subject to the jurisdiction of a General Court Martial may invoke the protection of s. 11 of the *Charter*. Although the Code of Service Discipline is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces, it also serves a public function by punishing specific conduct which threatens public order and welfare, including any act or omission punishable under the

de stupéfiants et jugé devant un tribunal militaire en vertu de la Loi sur la défense nationale — Droit pour le civil accusé des mêmes infractions de subir son procès devant une cour criminelle ordinaire — Le procès devant un tribunal militaire porte-t-il atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 130.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Stupéfiants découverts à la suite d'une perquisition au domicile de l'accusé — Caractère inacceptable de la procédure suivie pour obtenir un mandat de perquisition — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives — La preuve composée des stupéfiants devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

L'accusé, un caporal des Forces armées canadiennes, a été inculpé de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic, soit l'infraction prévue à l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, et de désertion, soit l'infraction prévue au par. 88(1) de la *Loi sur la défense nationale*. Il a subi son procès devant une cour martiale générale et a été déclaré coupable. Son appel à la Cour d'appel de la cour martiale a été rejeté. Il s'agit principalement de déterminer, en l'espèce, si une cour martiale générale est un tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge-avocat et la Cour d'appel de la cour martiale, à la majorité, ont conclu que la cour martiale générale respectait la norme d'indépendance requise par l'al. 11d) de la *Charte*.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné. L'organisation de la cour martiale générale, à l'époque du procès de l'accusé, a porté atteinte au droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial que lui garantissait l'al. 11d) de la *Charte*. Cette atteinte n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

(1) *Application de l'art. 11 de la Charte*

Un accusé, qui est inculpé d'infractions au Code de discipline militaire et qui est justiciable d'une cour martiale générale, peut invoquer la protection de l'art. 11 de la *Charte*. Quoique le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces armées canadiennes, il joue aussi un rôle de nature publique du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics, y compris toute action ou omission punissable

Criminal Code or any other Act of Parliament. In any event, since the accused faced a possible penalty of imprisonment in this case, even if the matter dealt with was not of a public nature, s. 11 would nonetheless apply by virtue of the potential imposition of true penal consequences.

(2) *Section 11(d)*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: A parallel system of military tribunals, staffed by members of the military who are aware of and sensitive to military concerns, is not, by its very nature, inconsistent with s. 11(d). The existence of such a system, for the purpose of enforcing discipline in the military, is deeply entrenched in our history and is supported by compelling principles. The accused's right to be tried by an independent and impartial tribunal must thus be interpreted in this context and in the context of s. 11(f) of the *Charter*, which contemplates the existence of a system of military tribunals with jurisdiction over cases governed by military law. In view of s. 11(f), the content of the constitutional guarantee of an independent and impartial tribunal may well be different in the military context than it would be in the context of a regular criminal trial. An individual who challenges the independence of a tribunal under s. 11(d) need not prove an actual lack of independence. The question is whether a reasonable person, familiar with the constitution and structure of the General Court Martial, would perceive that tribunal as independent. The independence of a tribunal is to be determined on the basis of the objective status of that tribunal. This objective status is revealed by an examination of the legislative provisions governing the tribunal's constitution and proceedings, irrespective of the actual good faith of the adjudicator.

The structure and constitution of the General Court Martial, as it existed at the time of the accused's trial, did not comply with the requirements of s. 11(d) of the *Charter*. The essential conditions of judicial independence described in *Valente* were not met. First, the judge advocate at the General Court Martial did not enjoy sufficient security of tenure. The *National Defence Act* and regulations fail to protect a judge advocate against the discretionary or arbitrary interference of the executive. The Judge Advocate General, who had the legal authority to appoint a judge advocate at a General Court Martial, is not independent of but is rather a part of the executive. The Judge Advocate General serves as the agent of the executive in supervising prosecutions. Furthermore, under the regulations in force at the time of the trial, the judge advocate was appointed solely on a case

en vertu du *Code criminel* ou d'une autre loi du Parlement. De toute façon, comme l'accusé risquait l'emprisonnement en l'espèce, même si l'affaire n'était pas de nature publique, l'art. 11 s'appliquerait néanmoins à cause de la possibilité de l'imposition de véritables conséquences pénales.

(2) *L'alinéa 11d)*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Un système parallèle de tribunaux militaires, composés de militaires qui sont conscients des préoccupations des Forces armées et qui y sont sensibles, n'est pas intrinsèquement incompatible avec l'al. 11d). L'existence d'un tel système, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées, est profondément enracinée dans notre histoire et est justifiée par des principes impérieux. Le droit de l'accusé d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial doit être interprété dans ce contexte et dans celui de l'al. 11f) de la *Charte*, qui prévoit l'existence d'un système de tribunaux militaires ayant compétence sur les affaires régies par le droit militaire. Compte tenu de l'al. 11f), le contenu de la garantie constitutionnelle d'un tribunal indépendant et impartial peut très bien différer selon qu'il s'agit du contexte militaire ou de celui d'un procès criminel ordinaire. Une personne qui conteste l'indépendance d'un tribunal aux fins de l'al. 11d) n'a pas besoin de prouver l'absence réelle d'indépendance. Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable, bien au fait de la constitution et de l'organisation de la cour martiale générale, percevrait ce tribunal comme indépendant. L'indépendance d'un tribunal doit être déterminée en fonction de son statut objectif. Ce statut objectif ressort de l'examen des dispositions législatives régissant la constitution et les procédures du tribunal, indépendamment de la bonne foi réelle du décideur.

L'organisation et la constitution de la cour martiale générale, telle qu'elle existait au moment du procès de l'accusé, ne respectaient pas les exigences de l'al. 11d) de la *Charte*. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire énoncées dans l'arrêt *Valente* n'ont pas été remplies. Premièrement, le juge-avocat de la cour martiale générale ne jouissait pas d'une inamovibilité suffisante. La *Loi sur la défense nationale* et ses règlements d'application ne protègent pas le juge-avocat contre l'ingérence discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif. Le juge-avocat général, qui était légalement habilité à nommer un juge-avocat à la cour martiale générale, n'est pas indépendant de l'exécutif, mais en fait plutôt partie. Le juge-avocat général fait fonction de mandataire de l'exécutif dans la surveillance des poursuites. En outre, selon les règlements en vigueur lors du procès,

by case basis. As a result, there was no objective guarantee that his career as military judge would not be affected by decisions tending to favour an accused rather than the prosecution. A reasonable person might well have entertained an apprehension that the person chosen as judge advocate had been selected because he had satisfied the interests of the executive, or at least not seriously disappointed executive expectations, in previous proceedings. Although a General Court Martial is convened on an *ad hoc* basis, it is not a "specific adjudicative task". The General Court Martial is a recurring affair. Military judges who act periodically as judge advocates must therefore have a tenure that is beyond the interference of the executive for a fixed period of time. Security of tenure during the period of a specific General Court Martial is not adequate protection for the purposes of s. 11(d). It would not be reasonable, however, in this context, to require a system in which military judges are appointed until the age of retirement. The requirements of s. 11(d) are sensitive to the context in which an adjudicative task is performed. The *Charter* does not require uniform institutional standards for all tribunals subject to s. 11(d).

Second, the judge advocate and members of the General Court Martial did not enjoy sufficient financial security. A military legal officer's salary is determined in part according to a performance evaluation. There were no formal prohibitions at the time against evaluating an officer on the basis of his performance at a General Court Martial. The executive thus had the ability to interfere with the salaries and promotional opportunities of officers serving as judge advocates and members at a court martial. Although the practice of the executive may very well have been to respect the independence of the participants at the court martial in this respect, this was not sufficient to correct the weaknesses in the tribunal's status. A reasonable person would perceive that financial security was not present in this case.

Third, certain characteristics of the General Court Martial system were likely to cast doubt on the institutional independence of the tribunal in the mind of a reasonable and informed person. While the idea of a separate system of military tribunals obviously requires substantial relations between the military hierarchy and the military judicial system, the principle of institutional independence requires that the General Court Martial be free from external interference with respect to matters

le juge-avocat n'occupait qu'une charge *ad hoc*. Par conséquent, il n'y avait objectivement aucune garantie que sa carrière de juge militaire ne serait pas compromise s'il rendait des décisions favorables à l'accusé plutôt qu'à la poursuite. Une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la personne nommée au poste de juge-avocat ait été choisie parce qu'elle avait satisfait aux intérêts de l'exécutif, ou du moins parce qu'elle n'avait pas sérieusement déçu les attentes de l'exécutif lors de procédures antérieures. Certes, la cour martiale générale est convoquée spécialement pour une affaire, mais il ne s'agit pas d'une «charge *ad hoc*». La cour martiale générale est convoquée régulièrement. Les juges militaires qui, périodiquement, agissent comme juge-avocat doivent donc bénéficier d'une inamovibilité qui les mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif pendant une période déterminée. L'inamovibilité pendant qu'une cour martiale générale instruit une affaire donnée n'est pas une garantie suffisante aux fins de l'al. 11d). Toutefois, il ne serait pas raisonnable, dans ce contexte, d'exiger un système dans lequel les juges militaires seraient nommés jusqu'à l'âge de la retraite. Les exigences de l'al. 11d) tiennent compte du contexte dans lequel la charge décisionnelle est exercée. La *Charte* n'impose pas des normes institutionnelles uniformes qui seraient applicables à tous les tribunaux assujettis à l'al. 11d).

Deuxièmement, le juge-avocat et les membres de la cour martiale générale ne jouissaient pas d'une sécurité financière suffisante. Le salaire d'un avocat militaire est déterminé en partie grâce à une évaluation de rendement. À l'époque, il n'était pas interdit formellement d'évaluer un officier en fonction de son rendement en cour martiale générale. Ainsi, l'exécutif avait nettement le pouvoir d'influer sur les salaires et les chances d'avancement des officiers faisant fonction de juges-avocats et de membres d'une cour martiale. Même s'il se pouvait fort bien que l'exécutif ait coutume de respecter l'indépendance des participants à la cour martiale sous ce rapport, cela n'était pas suffisant pour corriger les faiblesses du statut du tribunal. Une personne raisonnable se rendrait compte de l'absence de sécurité financière en l'espèce.

Troisièmement, certaines caractéristiques du système des cours martiales générales seraient fort probablement susceptibles de compromettre l'indépendance institutionnelle du tribunal dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien informée. Bien que l'idée d'un système distinct de tribunaux militaires commande manifestement l'existence de liens importants entre la hiérarchie militaire et le système de justice militaire, le principe de l'indépendance institutionnelle exige que la cour mar-

that relate directly to the tribunal's judicial function. An examination of the legislation governing the General Court Martial reveals that military officers, who are responsible to their superiors in the Department of Defence, are intimately involved in the proceedings of the tribunal. In particular, it is unacceptable that the authority that convenes the court martial, i.e. the executive, which is responsible for appointing the prosecutor, should also have the authority to appoint members of the court martial, who serve as the triers of fact. The appointment of the judge advocate by the Judge Advocate General also undermines the institutional independence of the General Court Martial. The close ties between the Judge Advocate General, who is appointed by the Governor in Council, and the executive, are obvious. To comply with s. 11(d) of the *Charter*, the appointment of a military judge to sit as judge advocate at a particular General Court Martial should be in the hands of an independent and impartial judicial officer.

Per La Forest, McLachlin and Stevenson JJ.: Section 11(d) of the *Charter* imports a flexible standard which must take into account the nature of the tribunal under consideration. The difficulty in applying the concepts in *Valente* to assess military tribunals is largely attributable to the difficulty in defining the concept of the "executive" from which there must be independence. If the executive is defined to include the entire hierarchy, military tribunals will always be subject to executive influence.

A General Court Martial is convened for a single adjudicative task and, given the requirement of flexibility, a tenure for that "specific adjudicative task" could be a sufficient guarantee of security of tenure. A tenure beyond executive interference for a judge advocate could only be achieved by tenured appointments roughly equivalent to those given to the professional judiciary. This aspect of a military judgeship should not, however, be so institutionalized.

To meet the requirement of "institutional independence" under s. 11(d), an *ad hoc* military tribunal, composed of military personnel, operating within a military hierarchy, must be free to make its decisions on the merits. No one who has an interest in seeing that the prosecution succeeds or fails should be in a position of influence. The accused, the "complainants", the prosecutor and the military personnel engaged in the investigation of, or in formulating or approving the charges clearly

tiale générale soit à l'abri de toute ingérence extérieure relativement aux questions qui concernent directement la fonction judiciaire du tribunal. L'examen des lois régissant la cour martiale générale révèle que les officiers militaires, qui sont comptables à leurs supérieurs au ministère de la Défense, participent étroitement aux procédures du tribunal. En particulier, il est inacceptable que l'autorité qui convoque la cour martiale, c'est-à-dire l'exécutif, qui est responsable de la nomination du procureur à charge, soit en outre investie du pouvoir de nommer les membres de la cour martiale qui remplissent la fonction de juge des faits. La nomination du juge-avocat par le juge-avocat général sape également l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Les rapports étroits entre le juge-avocat général, qui est nommé par le gouverneur en conseil, et l'exécutif, sont évidents. Pour être conforme à l'al. 11d) de la *Charte*, la nomination d'un juge militaire pour occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial.

Les juges La Forest, McLachlin et Stevenson: L'alinéa 11d) de la *Charte* suppose une norme souple qui doit tenir compte de la nature du tribunal visé. La difficulté que pose l'application des concepts de l'arrêt *Valente* pour évaluer les tribunaux militaires dépend largement du problème que pose la définition du concept de «l'exécutif» à l'égard duquel il doit y avoir indépendance. Si l'exécutif est défini de manière à comprendre toute la hiérarchie, les tribunaux militaires seront toujours assujettis à son influence.

Une cour martiale générale est convoquée pour s'acquitter d'une charge *ad hoc* et, compte tenu de l'exigence de souplesse, l'inamovibilité à l'égard de cette «charge *ad hoc*» pourrait constituer une garantie suffisante d'inamovibilité. Le juge-avocat pourrait bénéficier d'une inamovibilité qui le mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif si l'on procédait à des nominations à titre inamovible à peu près équivalentes à celles accordées aux juges de profession. Toutefois, cet aspect de la magistrature militaire ne devrait pas être ainsi institutionnalisé.

Pour satisfaire à l'exigence d'«indépendance institutionnelle» aux termes de l'al. 11d), un tribunal militaire *ad hoc*, composé de personnel militaire, qui fonctionne dans le cadre d'une hiérarchie militaire, doit être libre de rendre sa décision sur le fond de l'affaire. La personne qui a intérêt à ce que la poursuite ait ou non gain de cause ne devrait pas être en mesure d'exercer une influence. L'accusé, les «plaignants», le procureur à charge et le personnel militaire chargé de mener l'en-

have such an interest. There must be found some point within the military hierarchy where an officer or official has no real or apparent concern about the outcome of a case. There is, at that point, sufficient independence in the setting of military tribunals.

While the convening authority is sufficiently far removed from the investigative and complaint stages to convene the court martial and appoint its members, it also appoints, with the concurrence of the Judge Advocate General, the prosecutor. At the time of the trial, the judge advocate was appointed by the Juge Advocate General. The convergence of responsibilities in appointing the prosecutor and judge advocate is objectionable as it fails to meet the requirement that those appointing the tribunal have no apparent concern in the outcome. Further, under the scheme in force when these proceedings took place, there was nothing to prevent those who made decisions in relation to salaries and promotions from taking into consideration the outcome of a court martial. This could well include persons with an interest in that outcome and thus be perceived as an apparent infringement of the "financial security" requirement under s. 11(d).

L'Heureux-Dubé J. (dissenting): This case arises in the context of a military tribunal and, in interpreting s. 11(d) of the *Charter*, sufficient weight must be given to that context. The contextual approach is a tenet of constitutional interpretation which is of paramount importance. While the virtues of this approach have been discussed principally with respect to s. 1 of the *Charter*, context is also important at the initial stage of deciding whether or not a breach of a given right or freedom has occurred. A right or freedom may have different meanings in different circumstances. Where military tribunals are at issue, the contextual approach is not merely advantageous but clearly required. The wording of s. 11(f) illustrates that the *Charter* contemplates a separate system of military justice. So, when measuring the General Court Martial against the requirements of the *Charter*, certain considerations must be kept in mind. Among those considerations are that the Armed Forces depend upon the strictest discipline in order to function effectively and that alleged instances of non-adherence to rules of the military need to be tried within the chain of command.

quête ou de formuler ou d'approuver les accusations ont clairement cet intérêt. Il faut trouver un certain point dans la hiérarchie militaire où l'officier ou le fonctionnaire n'a aucun intérêt réel ou apparent dans l'issue du procès. À ce point, il y a indépendance suffisante en matière d'établissement de tribunaux militaires.

Bien que l'autorité convocatrice soit suffisamment éloignée des étapes de l'enquête et de la plainte pour convoquer la cour martiale et en désigner les membres, elle désigne également, avec l'assentiment du juge-avocat général, le procureur à charge. Au moment du procès, le juge-avocat était nommé par le juge-avocat général. La convergence des responsabilités en matière de nomination du procureur à charge et du juge-avocat est inadmissible car elle ne satisfait pas à l'exigence que ceux qui constituent le tribunal n'aient aucun intérêt apparent dans l'issue du procès. En outre, selon le régime en vigueur lors de ces procédures, rien n'empêchait ceux qui prenaient des décisions en matière de salaires et de promotions de tenir compte de l'issue d'un procès devant une cour martiale. Cela pouvait bien comprendre les personnes ayant un intérêt dans ce résultat et ainsi être perçu comme l'inobservation apparente de l'exigence de «sécurité financière» que prévoit l'al. 11(d).

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La présente affaire se situe dans le contexte d'un tribunal militaire et, en interprétant l'al. 11(d) de la *Charte*, il faut accorder suffisamment d'importance à ce contexte. L'approche ou méthode contextuelle est un principe d'interprétation constitutionnelle d'une importance capitale. Bien que les vertus de la méthode contextuelle aient été analysées principalement en ce qui a trait à l'article premier de la *Charte*, le contexte est également important à l'étape initiale où il s'agit de décider s'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté donnés. Un droit ou une liberté peuvent avoir une signification différente dans des circonstances différentes. Lorsque des tribunaux militaires sont en cause, la méthode contextuelle est non seulement avantageuse mais, de toute évidence, essentielle. Le texte de l'al. 11(f) démontre que la *Charte* envisage un système distinct de justice militaire. Alors, en évaluant la cour martiale générale en fonction des exigences de la *Charte*, il y a lieu de garder à l'esprit certaines considérations. Parmi ces considérations, il y a le fait que les Forces armées exigent par-dessus tout la discipline la plus stricte pour fonctionner de manière efficace et celui que les allégations de non-respect des règles militaires doivent être jugées dans le cadre de cette chaîne de commandement.

The three criteria of judicial independence described in *Valente* were not meant to apply to each and every form of tribunal. *Valente* exhibits a concern for flexibility and a recognition that differences in tribunals form an acceptable and even desirable part of the Canadian legal landscape. It would thus be an error to adopt a uniform formula for all the tribunals subject to s. 11(d). In this case, given the transitory nature of a General Court Martial and peculiar circumstances surrounding the financial remuneration (or lack thereof) of its members, the criteria of security of tenure and financial security are especially ill-suited to the task of assessing the constitutionality of that tribunal. Nonetheless, even if these criteria are accurate indicia of its constitutionality, they were amply satisfied by the structure of the General Court Martial as it existed at the time of the accused's trial.

The judge advocate at the General Court Martial enjoyed sufficient security of tenure. The performance of a judge advocate can pass constitutional muster even though he is appointed by the executive. The framers of the *Charter* could not have intended s. 11(d) to prevent the executive from appointing members of the judiciary when other sections of the Constitution explicitly give the executive authority to do so. A General Court Martial is a "specific adjudicative task" as contemplated in *Valente* and is not part of a "recurring affair". The *National Defence Act* and its regulations contemplate each court as an entirely distinct entity. Further, while the General Court Martial is taking place, there are sufficient guarantees of the tenure of the persons involved from the executive. Under the regulations, only if the judge advocate is, for some reason, unable to attend the General Court Martial, may the convening authority appoint a replacement judge advocate. Otherwise, once appointed, the judge advocate is at complete liberty to proceed with the undertaking with which he has been entrusted. This provides sufficient insulation to the judge advocate to perform his duty.

The judge advocate and the members of the General Court Martial also enjoyed sufficient financial security. While it may be desirable that certain discretionary benefits or advantages should not be under the control of the executive, such potential discretion is not sufficient to constitute arbitrary interference by the executive in a manner that could affect judicial independence and hence to give rise to a reasonable apprehension that the essential condition of financial security was not met. As stated in *Valente*, executive control over certain discre-

Les trois critères de l'indépendance judiciaire décrits dans l'arrêt *Valente* n'étaient pas destinés à s'appliquer à chaque forme de tribunal. L'arrêt *Valente* dénote un souci de souplesse et une reconnaissance que les différences entre les tribunaux constituent un aspect acceptable et même souhaitable du paysage juridique canadien. Ce serait donc une erreur d'adopter une formule uniforme pour tous les tribunaux assujettis à l'al. 11d). En l'espèce, compte tenu de la nature transitoire de la cour martiale générale et des circonstances particulières relatives à la rémunération (ou à l'absence de rémunération) de ses membres, les critères d'inamovibilité et de sécurité financière sont particulièrement mal adaptés à l'évaluation de la constitutionnalité de ce tribunal. Néanmoins, même si ces critères constituent des indices précis de sa constitutionnalité, la structure de la cour martiale générale, telle qu'elle existait au moment du procès de l'accusé, a amplement satisfait à ceux-ci.

Le juge-avocat de la cour martiale générale jouissait d'une inamovibilité suffisante. Le rendement d'un juge-avocat peut être acceptable du point de vue constitutionnel même s'il est nommé par l'exécutif. Les rédacteurs de la *Charte* ne peuvent avoir entendu que l'al. 11d) empêche l'exécutif de nommer des membres de la magistrature là où d'autres articles de la Constitution lui confèrent explicitement le pouvoir de le faire. Une cour martiale générale constitue une «charge *ad hoc*» telle qu'envisagée dans l'arrêt *Valente* et n'est pas «convoquée régulièrement». La *Loi sur la défense nationale* et son règlement d'application envisagent chaque cour comme une entité tout à fait distincte. En outre, pendant que siège la cour martiale générale, l'exécutif fournit des garanties suffisantes en ce qui a trait à l'inamovibilité des personnes visées. Aux termes du règlement, l'autorité convocatrice ne peut nommer un remplaçant au juge-avocat que si celui-ci est, pour une raison quelconque, incapable d'assister aux audiences de la cour martiale générale. Autrement, une fois qu'il est nommé, le juge-avocat est entièrement libre de poursuivre l'affaire qui lui a été confiée. Cela assure au juge-avocat une indépendance suffisante dans l'exercice de ses fonctions.

Le juge-avocat et les membres de la cour martiale générale jouissaient également d'une sécurité financière suffisante. S'il peut être souhaitable que certains bénéfices ou avantages discrétionnaires ne soient pas contrôlés par l'exécutif, une telle possibilité de pouvoir discrétionnaire n'est pas suffisante pour constituer une ingérence arbitraire de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire et ainsi susciter une crainte raisonnable que la condition essentielle de la sécurité financière n'ait pas été respectée. Comme

tionary benefits or advantages does not go to the heart of s. 11(d).

The criterion of institutional independence was satisfied. Section 11(d) of the *Charter* permits a sufficient degree of connection between the executive and the participants in a General Court Martial. It is unrealistic under s. 11(d) to demand the absolute separation of the judiciary from the other branches of government. While s. 11(d) might not condone a civilian system of justice where the same body which appointed the prosecutor also appoints the triers of fact, or where the executive and the presiding judge maintain close ties, in the context of the Armed Forces these characteristics may well be a necessary part of the chain of command which, when followed link by link, ultimately leads to the same destination no matter where one begins. The constitutional standard applicable in the civilian system of justice is wholly inapplicable to measuring a trial by General Court Martial.

(3) Section 1

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: The infringement of s. 11(d) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. While the goal of maintaining order and discipline within the Armed Forces is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right, the scheme of the General Court Martial, as it existed at the time of the accused's trial, failed to meet the proportionality test. There may well exist a rational connection between the challenged structure of the General Court Martial and the goal of the maintenance of military discipline, but this structure did not impair the accused's s. 11(d) rights "as little as possible". The structure incorporated features which were not necessary to attain either military discipline or military justice. Under normal circumstances, it is not necessary to try alleged military offenders before a tribunal in which the judge, the prosecutor, and the triers of fact are all chosen by the executive. As well, it is not necessary that promotional opportunities, and hence the financial prospects within the military establishment, for officers serving on such tribunals should be capable of being affected by senior officers' assessments of their performance in the course of the trial.

on l'a affirmé dans l'arrêt *Valente*, le contrôle exercé par l'exécutif sur certains bénéfices ou avantages discrétionnaires n'a pas pour effet d'aller au cœur de l'al. 11d).

Le critère de l'indépendance institutionnelle a été respecté. L'alinéa 11d) de la *Charte* autorise un lien suffisant entre l'exécutif et les participants à une cour martiale générale. Il n'est pas réaliste, aux termes de l'al. 11d), d'exiger la séparation absolue du pouvoir judiciaire des autres organes du gouvernement. Bien qu'il se puisse que l'al. 11d) ne tolère pas un système de justice civil où le même organisme qui a nommé le procureur à charge nomme également le juge des faits, ou dans lequel l'exécutif et le juge qui préside entretiendraient des liens étroits, dans le contexte des Forces armées, ces caractéristiques peuvent très bien constituer une partie nécessaire de la chaîne de commandement qui, lorsqu'elle est suivie maillon par maillon, conduit finalement à la même destination peu importe où l'on commence. La norme constitutionnelle applicable dans le système de justice civil est tout à fait inapplicable pour évaluer un procès devant une cour martiale générale.

e (3) L'article premier

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: La violation de l'al. 11d) ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de maintenir l'ordre et la discipline au sein des Forces armées ait une importance suffisante pour justifier la suppression d'un droit constitutionnel, le régime des cours martiales générales qui existait à l'époque du procès de l'accusé, n'a pas satisfait au critère de la proportionnalité. Il peut bien exister un lien rationnel entre l'organisation contestée de la cour martiale générale et l'objectif de maintenir la discipline dans les Forces armées, mais cette organisation n'a pas porté «le moins possible» atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'al. 11d). L'organisation présentait des caractéristiques qui n'étaient pas nécessaires pour assurer soit la discipline militaire, soit la justice militaire. En temps normal, il n'est pas nécessaire que les militaires inculpés soient jugés par un tribunal dont le juge, le procureur à charge et les juges des faits sont tous choisis par l'exécutif. Il n'est pas nécessaire non plus que les chances d'avancement et, par conséquent, les perspectives financières, dans les Forces armées, des officiers qui siègent à ces tribunaux soient susceptibles d'être liées à l'évaluation par leurs supérieurs de leur rendement au cours du procès.

(4) *Section 7*

The accused's challenge to the independence of the General Court Martial falls squarely within s. 11(d). The accused's argument is thus not strengthened by pleading the more open language of s. 7 of the *Charter*. Section 7 does not, in this case, provide a more comprehensive protection than s. 11(d).

(5) *Section 15*

The General Court Martial proceedings did not violate the accused's equality rights under s. 15 of the *Charter*. In the context of this appeal, the accused cannot claim to be a member of a "discrete and insular minority" so as to bring himself within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

(6) *Section 24(2)*

The evidence of the illegal drugs discovered in the accused's home was obtained in breach of his right under s. 8 of the *Charter*. The alleged "reasonable and probable grounds" for the issuance of the search warrant were revealed by the police officer only to the Crown Attorney and not to the justice of the peace. The procedure followed by the police was unacceptable and constituted an infringement of the accused's right against unreasonable search and seizure. The evidence of the illegal drugs, however, should not be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The evidence is real evidence, which pre-existed the violation of s. 8. The evidence was essential to substantiate a very serious criminal charge. Moreover, while the procedure followed by the police was unacceptable, there was a good faith attempt to comply with a procedure which was evidently believed to be correct. The exclusion, rather than the admission, of the evidence would have brought the administration of justice into disrepute.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; **considered:** *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; **referred to:** *Schick v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 540; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Strachan*, [1988]

(4) *L'article 7*

La mise en doute par l'accusé de l'indépendance de la cour martiale générale relève directement de l'al. 11d). La thèse de l'accusé n'est donc pas renforcée par son argument qui repose sur la formulation plus générale de l'art. 7 de la *Charte*. En l'espèce, l'art. 7 n'offre pas une plus grande protection que l'al. 11d).

(5) *L'article 15*

Les procédures de la cour martiale générale ne violaient pas les droits à l'égalité de l'accusé garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Dans le contexte du présent pourvoi, l'accusé ne peut pas dire qu'il fait partie d'une «minorité discrète et isolée» de manière à être visé par le par. 15(1) de la *Charte*.

(6) *Le paragraphe 24(2)*

La preuve composée des drogues illicites trouvées au domicile de l'accusé a été obtenue en violation du droit que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Les prétendus «motifs raisonnables et probables» de délivrer le mandat de perquisition n'ont été révélés par le policier qu'au substitut du procureur général et non au juge de paix. La manière de procéder de la police était inacceptable et constituait une atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Toutefois, la preuve composée des drogues illicites ne devrait pas être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'une preuve matérielle, préexistante à la violation de l'art. 8. La preuve était essentielle à l'établissement d'une accusation criminelle très grave. Au surplus, même si la manière de procéder de la police était inacceptable, on a néanmoins tenté de bonne foi de suivre ce que l'on a manifestement tenu pour la bonne procédure. C'est l'exclusion, plutôt que l'admission, de la preuve contestée qui aurait déconsidéré l'administration de la justice.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; **arrêts examinés:** *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; **arrêts mentionnés:** *Schick c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 540; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Collins*,

2 S.C.R. 980; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541.

By Stevenson J.

Considered: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Schick v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 540; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d), (f), 15, 24(1), (2).

Canadian Forces Administrative Orders, 4-1.

Constitution Act, 1867, s. 91(7).

Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 4.

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 9, 28 [rep. & sub. c. 31 (1st Suppl.), s. 60 (Sch. I, s. 12)], 35 [*idem* (Sch. I, s. 16)], 66 [rep. & sub. c. 31 (1st Suppl.), s. 45], 71 [*idem*, s. 46], 88(1), 90(1), 130(1), 151 [rep. & sub. c. 31 (1st Suppl.), s. 47], 163(2) [am. c. 31 (1st Suppl.), s. 60 (Sch. I, s. 49)], 165, 166, 167, 168, 169, 170 [am. c. 31 (1st Suppl.), s. 54], 187, 188, 192, 230.

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision), arts. 4.09 [en. O.C., P.C. 1990-2782], 26.10 [*idem*], 26.11 [*idem*], 108.30, 109.1, 110.06, 111.05, 111.06 (Note B), 111.18, 111.21 (Note A), 111.22 [rep. & sub. O.C., P.C. 1990-2782], 111.23, 112.05(4a), 112.06, 112.15, 112.16, 112.54, 112.64(2).

[1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541.

Citée par le juge Stevenson

Arrêts examinés: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Schick c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 540; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779.

f Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11(d), (f), 15, 24(1), (2).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(7).

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 9, 28 [abr. & rempl. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 60 (ann. I, art. 12)], 35, 66 [abr. & rempl. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 45], 71 [*idem*, art. 46], 88(1), 90(1), 130(1), 151 [abr. & rempl. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 47], 163(2) [mod. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 60 (ann. I, art. 49)], 165, 166, 167, 168, 169, 170 [mod. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 54], 187, 188, 192, 230.

Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 4.
Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes, 4-1.

Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision de 1968), art. 4.09 [ad. décret C.P. 1990-2782], 26.10 [*idem*], 26.11 [*idem*], 108.30, 109.1, 110.06, 111.05, 111.06 (note B), 111.18, 111.21 (note A), 111.22 [abr. & rempl. décret C.P. 1990-2782], 111.23, 112.05(4a), 112.06, 112.15, 112.16, 112.54, 112.64(2).

Authors Cited

Fay, James B. "Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 120, 228.

Heard, Andrew D. "Military Law and the Charter of Rights" (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 514.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (1990), 5 C.M.A.R. 38, 114 N.R. 321, 75 D.L.R. (4th) 207, 4 C.R.R. (2d) 307, 60 C.C.C. (3d) 536, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of possession of narcotics for the purpose of trafficking and of absence without leave. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Guy Cournoyer, Jean Asselin and Sylvie Roussel, for the appellant.

Jean-Marc Aubry, Q.C., Richard Morneau, Bernard Laprade, Lt. Col. K. S. Carter and Maj. M. H. Coulombe, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci was delivered by

LAMER C.J.—This appeal involves a constitutional challenge, under ss. 7, 11(d) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the proceedings of a General Court Martial convened under the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5. The principal question raised in this case is whether a General Court Martial is an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

The Facts

On September 20, 1988, the appellant, a corporal with the Canadian Armed Forces and stationed at the military base at Valcartier, Quebec, was charged with a breach of the military's Code of Service Discipline. Specifically, the appellant was charged with three counts of possession of narcotics for the purpose of trafficking contrary to s. 4 of

Doctrine citée

Fay, James B. «Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice» (1975), 23 *Chitty's L.J.* 120, 228.

Heard, Andrew D. «Military Law and the Charter of Rights» (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 514.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (1990), 5 C.A.C.M. 38, 114 N.R. 321, 75 D.L.R. (4th) 207, 4 C.R.R. (2d) 307, 60 C.C.C. (3d) 536, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic et d'absence sans permission. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Guy Cournoyer, Jean Asselin et Sylvie Roussel, pour l'appellant.

Jean-Marc Aubry, c.r., Richard Morneau, Bernard Laprade, Lt-col. K. S. Carter et Maj. M. H. Coulombe, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité des procédures d'une cour martiale générale convoquée en vertu des dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5. L'attaque contre la constitutionnalité est fondée sur les art. 7 et 15 et sur l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La principale question en litige est celle de savoir si une cour martiale générale est un tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte*.

Les faits

Le 20 septembre 1988, l'appellant, un caporal des Forces armées canadiennes en poste à la base militaire de Valcartier, au Québec, a été inculpé d'infraction au Code de discipline militaire. Plus précisément, l'appellant a fait l'objet de trois chefs d'accusation de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic, soit l'infraction prévue à l'art. 4

the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, and punishable under former s. 120(1) (now s. 130(1)) of the *National Defence Act*. He was also charged with one count of desertion contrary to former s. 78(1) (now s. 88(1)) of the *National Defence Act*. The indictment was authorized by the appellant's commanding officer, Lieutenant-Colonel J. H. P. M. Caron.

The following circumstances gave rise to the charges against the appellant. On September 15, 1986, police officers searched the appellant's residence and found 110 grams of hashish, 5 grams of cocaine and 113 grams of phencyclidine. The search was conducted pursuant to a search warrant. The appellant's residence was located outside the Valcartier military base.

The search warrant had been obtained by one Officer Denis Ross of the Royal Canadian Mounted Police. Officer Ross sought the warrant on September 11, 1986, on the basis that he had reasonable and probable grounds to believe that a narcotic would be found in the residence of the appellant. Officer Ross testified at trial that, to obtain the search warrant, he followed the practice that was normally followed by the police at the time. He consulted an attorney in the Crown's office and informed him of the grounds upon which he believed the search warrant should be issued. The attorney agreed, in this case, that the grounds were sufficient to support the issuance of a warrant. The attorney then wrote certain information on a piece of paper that was given to his secretary. The secretary typed the contents of this information on the form used to request a search warrant. Officer Ross took the form to the office of a justice of the peace. The justice of the peace, as was the usual practice, confirmed that Officer Ross had consulted the Crown attorney and then had Officer Ross swear out the information. The sworn information mentioned only the following grounds in support of the warrant: [TRANSLATION] "Information from a trustworthy person following investigation".

On October 8, 1986, following the search and the discovery of the narcotics in his residence, the

de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, et punissable en vertu de l'ancien par. 120(1) (maintenant le par. 130(1)) de la *Loi sur la défense nationale*. Il a, en outre, été accusé de désertion, soit l'infraction prévue à l'ancien par. 78(1) (maintenant le par. 88(1)) de la *Loi sur la défense nationale*). L'acte d'accusation a été autorisé par le commandant de l'appelant, le lieutenant-colonel J. H. P. M. Caron.

Les faits suivants ont donné naissance aux accusations portées contre l'appelant. Le 15 septembre 1986, des policiers ont perquisitionné au domicile de l'appelant et y ont trouvé 110 grammes de hashich, 5 grammes de cocaïne et 113 grammes de phencyclidine. Ils étaient munis d'un mandat de perquisition. L'appelant habitait en dehors de la base militaire de Valcartier.

C'était l'agent Denis Ross de la Gendarmerie royale du Canada qui avait obtenu le mandat de perquisition. L'agent Ross avait sollicité le mandat le 11 septembre 1986 parce qu'il avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'un stupéfiant serait trouvé au domicile de l'appelant. Il a témoigné au procès que, pour obtenir le mandat de perquisition, il avait respecté la pratique normalement suivie par la police à l'époque. Il a consulté un substitut du procureur général et l'a informé de ses motifs de croire qu'il y avait lieu de délivrer un mandat de perquisition. Le substitut du procureur général a convenu qu'en l'occurrence les motifs étaient suffisants pour justifier la délivrance d'un mandat. Il a écrit quelques mots sur un bout de papier qu'il a remis à sa secrétaire. Celle-ci a tapé ces mots sur le formulaire de demande de mandat de perquisition. L'agent Ross a apporté le formulaire au bureau d'un juge de paix. Suivant la pratique habituelle, ce dernier a confirmé que l'agent Ross avait consulté le substitut du procureur général et a ensuite fait prêter serment au policier. Les renseignements donnés sous serment ne mentionnaient que les motifs suivants à l'appui du mandat: «Informations d'une personne digne de foi et suite d'une enquête».

Le 8 octobre 1986, après la perquisition et la découverte des stupéfiants à son domicile, l'appe-

appellant unlawfully left the military base. This departure appears to have been the basis for the charge of desertion.

On August 31, 1988, prior to the laying of the charges, military police arrested the appellant and took him to the military prison at the Valcartier base. Immediately after charges were laid, on September 21, 1988, the appellant made a motion for a writ of *habeas corpus* before the Superior Court of Quebec. This motion was dismissed.

The appellant subsequently appeared before his commanding officer, Lieutenant-Colonel Caron. On the same day, September 23, 1988, Lieutenant-Colonel Caron recommended to the Brigadier-General of the Valcartier military base, P.-J. Addy, that the appellant be tried by a court martial. Brigadier-General Addy then asked Lieutenant-General Fox, the commanding officer of the Mobile Command at St. Hubert, to convene a court martial to hear the charges against the appellant. Lieutenant-General Fox ordered that a General Court Martial be convened on October 18, 1988. The members of the General Court Martial were specified in the convening order. The judge advocate of the court martial, Lieutenant-Colonel B. Champagne, was appointed at a later date by the Judge Advocate General, Brigadier-General R. L. Martin.

On October 12, 1988, the appellant applied to the Federal Court Trial Division for a writ of prohibition to prevent the General Court Martial from proceeding to hear the charges against him. The appellant sought this remedy on two principal grounds. First, the appellant claimed that the General Court Martial was not an independent and impartial tribunal for the purposes of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Secondly, the appellant claimed that allowing the General Court Martial to consider the charges under the *Narcotic Control Act* would violate his equality rights guaranteed by s. 15 of the *Charter*. The president of the General Court Martial adjourned the proceedings until the Federal Court rendered its decision on this application. The application was dismissed by Dubé J. on January 16, 1989, [1989] 2 F.C. 685. The appellant initiated an appeal of Dubé J.'s judgment to the

lant a quitté illégalement la base militaire. Il semble que ce soit ce départ qui est à l'origine de l'accusation de désertion.

Le 31 août 1988, avant que des accusations ne soient portées, la police militaire a arrêté l'appellant et l'a emmené à la prison militaire de la base de Valcartier. Immédiatement après le dépôt des accusations, le 21 septembre 1988, l'appellant a présenté une requête visant l'obtention d'un bref d'*habeas corpus* devant la Cour supérieure du Québec. Sa requête a été rejetée.

L'appellant a comparu ensuite devant son commandant, le lieutenant-colonel Caron. Le même jour, le 23 septembre 1988, le lieutenant-colonel Caron a recommandé au brigadier-général de la base militaire de Valcartier, P.-J. Addy, que l'appellant soit jugé par une cour martiale. Le brigadier-général Addy a alors demandé au lieutenant-général Fox, commandant de la force mobile à St-Hubert, de convoquer une cour martiale qui entendrait les accusations portées contre l'appellant. Le lieutenant-général Fox a ordonné qu'une cour martiale générale soit convoquée le 18 octobre 1988. Le nom des membres de la cour martiale générale était spécifié dans l'ordre de convocation. Le juge-avocat de la cour martiale, le lieutenant-colonel B. Champagne, a été désigné plus tard par le juge-avocat général, le brigadier-général R. L. Martin.

Le 12 octobre 1988, l'appellant a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale de décerner un bref de prohibition interdisant à la cour martiale générale d'entendre les accusations portées contre lui. L'appellant fondait sa requête sur deux motifs principaux. Premièrement, il a soutenu que la cour martiale générale n'était pas un tribunal indépendant et impartial au sens de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*. Deuxièmement, l'appellant a allégué que permettre à la cour martiale générale d'examiner les accusations portées en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* violerait ses droits à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Le président de la cour martiale générale a ajourné l'audience en attendant la décision de la Cour fédérale sur cette requête. Le juge Dubé l'a rejetée le 16 janvier 1989, [1989] 2 C.F. 685. L'appellant en a appelé de la décision du juge Dubé à la

Federal Court of Appeal. A notice of appeal was filed with the Federal Court registry, Lieutenant-General Fox ordered the General Court Martial to continue its proceeding on March 14, 1989. An application by the appellant to stay proceedings until resolution of the appeal was dismissed by the Federal Court.

A further application by the appellant to the Federal Court Trial Division, under ss. 18 and 50 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to suspend proceedings before the General Court Martial was dismissed by Denault J. on May 8, 1989, [1989] 3 F.C. 352. On May 11, 1989, the Federal Court of Appeal scheduled the appellant's appeal from Dubé J.'s judgment to be heard on June 20, 1989.

The appellant's trial before the General Court Martial was held from May 23 to 27, 1989, at the Valcartier base. On the first day of the trial, the appellant requested that the proceedings be adjourned until the Federal Court of Appeal dealt with his appeal from Dubé J.'s decision. This request was denied. The appellant was subsequently found guilty on one count of simple possession and on two counts of possession for the purpose of trafficking. He was acquitted of the charge of desertion but was found guilty, under s. 90(1) of the *National Defence Act*, of being absent without leave. The appellant was given a dishonourable discharge from the Forces and was sentenced to fifteen months' imprisonment. The appellant subsequently waived his appeal to the Federal Court of Appeal from Dubé J.'s judgment.

The appellant appealed as of right, under s. 230 of the *National Defence Act*, to the Court Martial Appeal Court in respect of the legality of the General Court Martial's findings and the legality of the sentence. This appeal was dismissed (*per Pratte and Barbeau JJ.*, Décaré J. dissenting) on September 12, 1990: (1990), 5 C.M.A.R. 38, 114 N.R. 321, 75 D.L.R. (4th) 207, 4 C.R.R. (2d) 307, 60 C.C.C. (3d) 536.

Cour d'appel fédérale. Un avis d'appel a été déposé au greffe de la Cour fédérale; le lieutenant-général Fox a ordonné à la cour martiale générale de reprendre l'audience le 14 mars 1989. La Cour fédérale a rejeté la requête présentée par l'appelant en vue d'obtenir la suspension des procédures jusqu'à ce que l'on ait statué sur l'appel.

Le 8 mai 1989, le juge Denault a rejeté une autre requête présentée par l'appelant, conformément aux art. 18 et 50 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, devant la Section de première instance de la Cour fédérale, en vue d'obtenir la suspension des procédures devant la cour martiale générale: [1989] 3 C.F. 352. Le 11 mai 1989, la Cour d'appel fédérale a fixé, au 20 juin 1989, l'audition de l'appel interjeté par l'appelant contre le jugement du juge Dubé.

Le procès de l'appelant devant la cour martiale générale s'est déroulé du 23 au 27 mai 1989, à la base de Valcartier. Le premier jour du procès, l'appelant a demandé que les procédures soient ajournées en attendant que la Cour d'appel fédérale ait statué sur son appel de la décision du juge Dubé. Cette requête a été rejetée. L'appelant a ensuite été déclaré coupable relativement à un chef de simple possession et à deux chefs de possession en vue de faire du trafic. Il a été acquitté de l'accusation de désertion, mais a été déclaré coupable, conformément au par. 90(1) de la *Loi sur la défense nationale*, d'absence sans permission. L'appelant a été frappé de destitution ignominieuse des Forces et s'est vu infliger une peine d'emprisonnement de 15 mois. Il a, par la suite, retiré l'appel qu'il avait interjeté contre le jugement du juge Dubé devant la Cour d'appel fédérale.

Conformément à l'art. 230 de la *Loi sur la défense nationale*, l'appelant a interjeté un appel de plein droit à la Cour d'appel de la cour martiale générale et à celle de la sentence. L'appel a été rejeté (les juges Pratte et Barbeau, le juge Décaré étant dissident) le 12 septembre 1990: (1990), 5 C.A.C.M. 38, 114 N.R. 321, 75 D.L.R. (4th) 207, 4 C.R.R. (2d) 307, 60 C.C.C. (3d) 536.

The appellant was granted leave to appeal the decision of the Court Martial Appeal Court to this Court on February 7, 1991, [1991] 1 S.C.R. ix.

Judgments Below

General Court Martial (Judgment of the Judge Advocate)

Before the General Court Martial, the appellant requested an order under s. 24(1) of the *Charter* prohibiting the tribunal from hearing the charges against him. This motion was based on two grounds: first, that the General Court Martial was not an independent and impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*; and, secondly, that the appellant's equality rights guaranteed by s. 15 of the *Charter* would be violated if the tribunal proceeded to hear the charges under the *Narcotic Control Act* since a civilian, charged with the same offences, would be tried by the ordinary criminal courts. The judge advocate accepted, referring to *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, that the *Charter* applied to the proceedings of the court martial. He dismissed, however, the argument that the General Court Martial did not meet the standards of independence and impartiality required by s. 11(d). He emphasized from the outset that the appellant was challenging the institutional independence of the General Court Martial and not the impartiality of the specific court martial that was assembled to hear the charges against him. He then applied the conditions of independence described by Le Dain J. in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673. Relying substantially on the judgment of the Court Martial Appeal Court in *Schick v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 540, he held that the General Court Martial did not infringe s. 11(d) because the judge advocate and the members of the tribunal had sufficient security of tenure and financial security. Once the membership was constituted, it could only be interfered with upon objection for cause or because of a member's death or inability to act. In addition, the members were paid as officers of the Canadian Forces irrespective of their court martial duties; their pay was established by regulation and could not be affected by the executive. The judge advo-

Le 7 février 1991, l'appelant a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre la décision de la Cour d'appel de la cour martiale: [1991] 1 R.C.S. ix.

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

La cour martiale générale (jugement du juge-avocat)

Conformément au par. 24(1) de la *Charte*, l'appelant a demandé à la cour martiale générale une ordonnance interdisant au tribunal d'entendre les accusations portées contre lui. Cette requête était fondée sur deux motifs: premièrement, la cour martiale générale n'était pas un tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte*, et, deuxièmement, les droits de l'appelant à l'égalité garantis par l'art. 15 de la *Charte* seraient violés si le tribunal entendait les accusations portées sous le régime de la *Loi sur les stupéfiants*, puisqu'un civil, accusé des mêmes infractions, serait jugé par les cours criminelles ordinaires. Se reportant à l'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, le juge-avocat a accepté que la *Charte* s'appliquait aux procédures de la cour martiale. Il a toutefois repoussé l'argument selon lequel la cour martiale générale ne respectait pas les normes d'indépendance et d'impartialité requises par l'al. 11d). Il a souligné, au départ, que l'appelant mettait en doute l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale et non l'impartialité de la cour martiale spécialement convoquée pour entendre les accusations. Il a alors appliqué les conditions d'indépendance énoncées par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673. S'appuyant essentiellement sur l'arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale, *Schick c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 540, il a décidé que la cour martiale générale n'avait pas enfreint l'al. 11d) parce que le juge-avocat et les membres du tribunal jouissaient d'une inamovibilité et d'une sécurité financière suffisantes. Une fois désignés, les membres ne pouvaient être destitués ou remplacés que pour des motifs déterminés ou en cas de décès ou d'incapacité d'agir. En outre, les membres étaient payés à titre d'officiers des Forces canadiennes, sans égard à leurs fonctions de membres de la cour martiale;

cate did not believe that the condition of institutional independence was applicable to the court martial since its members were only appointed for a specific case.

The judge advocate also held that the court martial proceedings did not violate the appellant's equality rights under s. 15 of the *Charter*. He admitted that there were differences between the procedures contemplated by the *Criminal Code* and the procedures contemplated by the *National Defence Act* and regulations enacted thereunder. The appellant failed, however, to establish that the different treatment under the *National Defence Act* and regulations was discriminatory, that is, disadvantageous to his interests. The judge advocate emphasized that the appellant's rights were fully protected under the *Charter*, that the court martial had a duty to render justice impartially and that s. 129 (now s. 151) of the *National Defence Act* guaranteed to the appellant all defences available in the regular criminal courts. The judge advocate concluded that even if s. 15 of the *Charter* was infringed in this case, such discriminatory treatment was justified under s. 1.

The appellant also claimed that certain evidence had been improperly admitted. He submitted that the search of his residence infringed his rights under s. 8 of the *Charter* because of the manner in which the search warrant was obtained. The judge advocate rejected this submission. He reviewed the information and testimony carefully and concluded that Officer Ross had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been committed and that evidence would be found in the appellant's residence. He also concluded that the issuance of the warrant conformed to the principles enunciated in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and that the search was reasonably executed. Even if there had been a violation of s. 8, however, the judge advocate would not have excluded the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. He referred, in this regard, to *R. v. Collins*,

leur rémunération était fixée par règlement et ne pouvait pas être modifiée par l'exécutif. Le juge-avocat n'a pas cru que la condition de l'indépendance institutionnelle était applicable à la cour martiale puisque ses membres n'étaient désignés que pour une affaire précise.

Le juge-avocat a également décidé que les procédures de la cour martiale ne violaient pas les droits à l'égalité de l'appelant garantis par l'art. 15 de la *Charte*. Il a reconnu qu'il y avait des différences entre les procédures prévues par le *Code criminel* et celles prévues par la *Loi sur la défense nationale* et ses règlements d'application. L'appelant n'a cependant pas établi que le traitement différent, en vertu de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements d'application, était discriminatoire, c'est-à-dire défavorable à ses intérêts. Le juge-avocat a souligné que les droits de l'appelant étaient pleinement protégés par la *Charte*, que la cour martiale avait l'obligation de rendre la justice impartialement et que l'art. 129 (maintenant l'art. 151) de la *Loi sur la défense nationale* garantissait que l'appelant pouvait faire valoir tous les moyens de défense disponibles devant les cours criminelles ordinaires. Le juge-avocat a conclu que, même s'il y avait eu violation de l'art. 15 de la *Charte* en l'espèce, ce traitement discriminatoire était justifié en vertu de l'article premier.

L'appelant a également soutenu que certains éléments de preuve avaient été admis irrégulièrement. Il a affirmé que la perquisition à son domicile avait porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*, étant donné la manière dont le mandat de perquisition avait été obtenu. Le juge-avocat a rejeté cet argument. Il a étudié minutieusement la dénonciation et les témoignages et a conclu que l'agent Ross avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise et que des éléments de preuve seraient trouvés au domicile de l'appelant. Il a conclu en outre que la délivrance du mandat était conforme aux principes énoncés dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et que la perquisition avait été effectuée de façon raisonnable. Toutefois, même si l'art. 8 avait été violé, le juge-avocat n'aurait pas pour autant exclu la preuve en

[1987] 1 S.C.R. 265, and *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980. Lastly, the judge advocate held that he had no authority to exclude the evidence since the motion for exclusion had been made at the end of the trial, after the evidence had already been admitted.

Court Martial Appeal Court (Pratte, Barbeau and Décaré JJ.) (1990), 114 N.R. 321

The appellant raised six principal matters before the Court Martial Appeal Court, including his right to be tried by an independent and impartial tribunal, his right to equality before the law and the legality of the search made at his residence. The court, as Décaré J. explained in his dissenting reasons, dismissed the latter two grounds from the bench. With respect to the legality of the search and the admissibility of the evidence obtained, the court concluded that there had indeed been an infringement of s. 8 but that the admission of the evidence, in light of *R. v. Collins*, *supra*, would not bring the administration of justice into disrepute. The court did not deal with s. 15 of the *Charter* since it did not conclude that the provision could be of assistance, in addition to s. 11(d), to the appellant in this case. If the General Court Martial was found not to be independent for the purposes of s. 11(d), the appellant could gain no further advantage by invoking s. 15. If the General Court Martial were found to be independent, however, the appellant's argument with respect to s. 15 would undoubtedly fail since he could hardly claim to be a member of a "discrete and insular minority" as described by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. In addition, the court did not wish to deal with s. 15 of the *Charter* in the absence of evidence, which was not before the court in this case, concerning relevant social, political and legal circumstances.

In its written reasons, therefore, the court dealt only with the appellant's submission that the General Court Martial did not meet the standards of

vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'est référé, sous ce rapport, aux arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980. En dernier lieu, le juge-avocat a décidé qu'il n'était pas habilité à écarter la preuve puisque la demande d'exclusion avait été présentée à la fin du procès, après que cette preuve eut déjà été admise.

La Cour d'appel de la cour martiale (les juges Pratte, Barbeau et Décaré) (1990), 114 N.R. 321

L'appelant a fait valoir six points principaux devant la Cour d'appel de la cour martiale, dont son droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, son droit à l'égalité devant la loi et l'illégalité de la perquisition faite à son domicile. Comme l'explique le juge Décaré, dans sa dissidence, la cour a rejeté à l'audience les deux derniers arguments. En ce qui concerne la légalité de la perquisition et l'admissibilité de la preuve obtenue, la cour a conclu que l'art. 8 avait été violé, mais que l'utilisation de la preuve, à la lumière de l'arrêt *R. c. Collins*, précité, n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La cour n'a pas traité de l'art. 15 de la *Charte* puisqu'elle n'a pas conclu que cette disposition, conjuguée à l'al. 11d), pouvait être utile à l'appelant en l'espèce. Si la cour martiale générale n'était pas jugée indépendante au sens de l'al. 11d), l'appelant ne tirerait aucun avantage supplémentaire en invoquant l'art. 15. Si elle était jugée indépendante, toutefois, l'argument de l'appelant relatif à l'art. 15 serait certainement repoussé puisqu'il ne pourrait guère soutenir qu'il appartient à une «minorité discrète et isolée» au sens où l'entendait notre Cour dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296. Au surplus, la cour n'a pas voulu traiter de l'art. 15 de la *Charte* en l'absence de preuve concernant les circonstances sociales, politiques et juridiques pertinentes; en effet, aucun élément de preuve n'avait été soumis à la cour à ce sujet.

Dans ses motifs écrits, la cour n'a donc étudié que l'argument de l'appelant selon lequel la cour martiale générale ne respectait pas les normes

independence and impartiality required by s. 11(d) of the *Charter*.

Barbeau J.

Barbeau J. dismissed the appellant's claim that the General Court Martial was not an independent tribunal within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. He noted that this Court had decided, in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, that the service tribunals established and governed by the *National Defence Act* did not infringe an individual's rights, under ss. 1(b) and 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, to equality before the law and to be tried by an independent and impartial tribunal. After citing extensive passages from *MacKay*, Barbeau J. stated that he was satisfied that the General Court Martial had, in this case, acted in an independent and impartial manner (at pp. 326-27):

I would add to these observations of the Supreme Court that in the case at bar there is no evidence on which this court can arrive at the conclusion that the members of the General Court Martial at issue acted in any way other than an independent tribunal would have done, or that any of its members was unfitted or incompetent to perform the duties of the position held by him on that court as a consequence of being a member of the Armed Forces. It is not the function of this court to dispose of such a question solely on the basis of legislation and **Regulations** which have been duly adopted and the implementation of which, in the absence of any evidence to the contrary, discloses no deficiencies in this regard.

Barbeau J. thus declined to examine the independence of the General Court Martial in the abstract, on the basis of the legislation and regulations, and instead considered its actual independence in the specific circumstances of the case at bar.

Barbeau J. then discussed the judgments of this Court in *Valente, supra*, *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, and *I.W.A. v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282. He

d'indépendance et d'impartialité requises par l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge Barbeau

Le juge Barbeau a rejeté l'argument de l'appellant selon lequel la cour martiale générale n'était pas un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Il a fait observer que, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, notre Cour avait décidé que les tribunaux militaires constitués et régis par la *Loi sur la défense nationale* ne portaient pas atteinte aux droits d'une personne garantis par les al. 1b) et 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, soit le droit à l'égalité devant la loi et celui à un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé. Après avoir cité de longs passages de l'arrêt *MacKay*, le juge Barbeau a dit qu'il était convaincu que la cour martiale générale avait, en l'espèce, agi d'une manière indépendante et impartiale (aux pp. 326 et 327):

J'ajouterai à ces propos de la Cour suprême que dans le dossier en l'instance aucun élément de preuve ne nous permet d'en arriver à la conclusion que les membres de la Cour martiale générale dont il est question auraient agi autrement que l'aurait fait un tribunal indépendant, ou que l'un quelconque de ses membres eut été inapte ou incompetent à remplir le rôle qu'il a occupé au sein de cette Cour par le fait qu'il était membre des Forces armées. Il ne nous appartient pas de disposer de pareille question sur la seule foi de textes de loi et **Réglementations** dûment adoptés et dont la mise en application ne révèle, en l'absence de toute preuve au contraire, aucune déficience à cet égard.

Le juge Barbeau a donc refusé d'examiner l'indépendance de la cour martiale générale dans l'abstrait, sur la foi des textes de loi et des règlements, et a plutôt étudié son indépendance réelle dans les circonstances précises de l'espèce.

Le juge Barbeau a analysé ensuite les arrêts de notre Cour *Valente*, précité, *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, et *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282. Il

did not believe that these judgments qualified the clear holding of this Court in *MacKay*. Most importantly, he was of the opinion that the essential conditions of judicial independence described by Le Dain J. in *Valente*, that is, security of tenure, financial security and institutional independence, were satisfied in this case.

Pratte J.

Pratte J. agreed that there was no violation of the appellant's s. 11(d) right to be tried by an independent and impartial tribunal in this case. He noted that for members of a General Court Martial, unlike "ordinary" judges, security of tenure and financial security were not essential guarantees of independence. The situation is necessarily different for members of a court martial, in his view, since they are appointed for a single case and receive no remuneration for their duties in addition to their regular salary.

Nonetheless, Pratte J. considered it necessary to decide whether the independence of a court martial was threatened by other dangers. He expressed the view that the only danger that could possibly threaten the independence of the General Court Martial was the appointment by the military authorities of their subordinates as military judges. These same military authorities, because they are responsible for maintaining discipline in the Forces, act as prosecutors. Pratte J. concluded, however, that these "dangers" were not so serious as to threaten the independence of the tribunal. He emphasized that the military judge's superiors did not have the power to take away his salary or rank. Furthermore, the power of the military authorities to deny a military judge a promotion could not be said to threaten, in itself, the judge's independence. If it was believed otherwise, Pratte J. was of the view that the independence of most trial judges would be suspect; trial judges could arguably be hesitant to render judgments contrary to the inter-

n'a pas estimé que ces arrêts avaient modifié la portée de la décision claire de notre Cour dans l'affaire *MacKay*. Et qui plus est, il s'est dit d'avis que les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire énoncées par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*, soit l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle, avaient été remplies en l'espèce.

Le juge Pratte

Le juge Pratte a convenu qu'en l'espèce il n'y avait pas eu violation du droit de l'appelant à un procès devant un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'al. 11d). Il a fait remarquer que, dans le cas des membres d'une cour martiale générale, contrairement aux juges «ordinaires», l'inamovibilité et la sécurité financière n'étaient pas des garanties essentielles d'indépendance. À son avis, il en va nécessairement autrement des membres d'une cour martiale, car ils sont nommés pour juger une seule affaire et ne reçoivent, pour l'exécution de ces fonctions, aucune rémunération en sus de leur traitement habituel.

Néanmoins, le juge Pratte a estimé nécessaire de décider si l'indépendance d'une cour martiale était menacée par d'autres dangers. Il a exprimé l'avis que le seul danger qui puisse peut-être menacer l'indépendance de la cour martiale générale tient au fait que ce sont les autorités militaires qui choisissent les juges parmi leurs subalternes. Ce sont ces mêmes autorités militaires qui agissent comme procureurs à charge du fait qu'elles sont responsables du maintien de la discipline au sein des Forces. Le juge Pratte a cependant conclu que ces «dangers» n'étaient pas graves au point de menacer l'indépendance du tribunal. Il a souligné que les supérieurs du juge militaire ne peuvent pas lui faire perdre son salaire ou son grade. De surcroît, on ne saurait dire que le pouvoir des autorités militaires de priver le juge militaire d'un avancement peut en soi constituer une menace pour l'indépendance du juge. Dans le cas contraire, dit le juge Pratte, l'indépendance de la plupart des juges ordinaires serait suspecte; on pourrait soutenir que les juges ordinaires pourraient hésiter à rendre des jugements contraires aux intérêts de l'exécutif, de

ests of the executive for fear of losing the chance to be appointed to an appellate court.

Décary J. (dissenting)

Décary J., in dissenting reasons, held that the appellant's rights under s. 11(d) of the *Charter* were violated in this case. He believed that the advent of s. 11(d) of the *Charter*, as well as this Court's interpretation of the provision in *Valente*, required a reconsideration of *MacKay*. This reconsideration was necessary since *MacKay* focused on the "subjective aspect of independence", while *Valente* focused on the "objective aspect of independence". He also believed, unlike the judge advocate in this case, that the decision of the Court Martial Appeal Court in *Schick* was of limited import. *Schick* was distinguishable from the case at bar, in his opinion, since it was concerned more with impartiality than independence and involved the Disciplinary Court Martial rather than the General Court Martial.

After a careful review of this Court's judgments in *Valente*, *Beauregard* and *Hickman*, Décary J. stated that a flexible approach must be taken to the application of s. 11(d). Where s. 11(d) applies, the courts must ensure that the essence of judicial independence is protected. The form of the protection, however, will necessarily vary because of the diversity of tribunals subject to the *Charter*. He stated (at p. 364):

I accordingly conclude from the Supreme Court rulings that the concept of judicial independence developed thus far is a pattern rather than a strait-jacket and that what the courts must ensure in a given case is that the "essence" . . . of judicial independence has been preserved, that is, ensure that the tribunal is secure from any possibility of arbitrary interference by an outsider . . . in the exercise of its essential authority and function

Décary J. concluded that the General Court Martial failed to meet the standard required by s. 11(d) of the *Charter*. Given the strong institutional links between the General Court Martial and the Ministry of Defence, there was a reasonable apprehen-

crainte de perdre la chance d'être nommés à une cour d'appel.

Le juge Décary (dissident)

Dans ses motifs de dissidence, le juge Décary a conclu que les droits de l'appelant, garantis par l'al. 11d) de la *Charte*, avaient été violés en l'espèce. Il a estimé que l'avènement de l'al. 11d) de la *Charte*, ainsi que l'interprétation donnée par notre Cour à cette disposition dans l'arrêt *Valente*, commandaient le réexamen de l'arrêt *MacKay*. Ce réexamen s'imposait puisque l'arrêt *MacKay* s'attachait principalement à «l'aspect subjectif de l'indépendance», tandis que l'arrêt *Valente* s'attachait principalement à «l'aspect objectif de l'indépendance». Et contrairement au juge-avocat en l'espèce, il a estimé que l'arrêt *Schick* de la Cour d'appel de la cour martiale avait une portée restreinte. Il était possible, à son avis, d'établir une distinction entre l'arrêt *Schick* et la présente affaire, car le premier portait davantage sur l'impartialité que sur l'indépendance et concernait non pas la cour martiale générale, mais la cour martiale disciplinaire.

Après avoir examiné minutieusement les arrêts *Valente*, *Beauregard* et *Hickman* de notre Cour, le juge Décary a dit qu'il fallait appliquer l'al. 11d) avec souplesse. Lorsque l'al. 11d) s'applique, les tribunaux doivent s'assurer que l'essence de l'indépendance judiciaire est préservée. Toutefois, la forme de la protection variera nécessairement étant donné la diversité des tribunaux assujettis à la *Charte*. Il affirme (à la p. 364):

Je retiens en conséquence de l'enseignement de la Cour suprême que le concept d'indépendance judiciaire développé à ce jour est un modèle davantage qu'un carcan et que ce dont il faut s'assurer, dans un cas donné, c'est que l'indépendance judiciaire a été préservée dans son «essence» [. . .], c'est-à-dire s'assurer que le tribunal est à l'abri de toute possibilité d'ingérence arbitraire d'une personne de l'extérieur [. . .] dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions essentiels . . .

Le juge Décary a conclu que la cour martiale générale ne respectait pas la norme requise par l'al. 11d) de la *Charte*. Étant donné les liens institutionnels étroits qui existent entre la cour martiale générale et le ministère de la Défense, il était rai-

sion that the tribunal was subject to the influence and control of the executive. In brief, he believed that “there is such institutional connivance and vulnerability between the Canadian Forces and the General Court Martial that the latter’s independence within the meaning of the Charter is seriously compromised” (p. 374). The Department of National Defence, as prosecutor, is in a position to exert pressure on or control the charge, investigation, custody, decision to proceed, convening of the tribunal, composition of the tribunal and officers of the tribunal. Specifically, Décary J. thought it was unacceptable that the Minister, or a member of the Canadian Forces, had authority to decide who shall sit in a particular case. The situation was aggravated by the fact that military judges do not belong to an independent judiciary, but are in the service of the military during the trial and return directly to the service following the conclusion of the trial. Décary J. declined to consider, given the paucity of evidence, whether the existing court-martial system was justified under s. 1 of the *Charter*.

Décary J. concluded that although the *Charter* permits the existence of a separate system of military law and military tribunals, the distinct system must nonetheless comply with s. 11(d). An individual who is charged with a breach of the Code of Service Discipline has the right to be tried by a military tribunal that is independent and impartial.

Issues

The following constitutional questions were stated by Lamer C.J. on February 22, 1991:

1. Do ss. 166 to 170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen’s Regulations and Orders, inasmuch as they allow an accused to be tried by General Court Martial, restrict the accused’s right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, are they reasonable limits in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights*

sonnable de craindre que le tribunal soit sous l’influence et le contrôle de l’exécutif. Bref, il a estimé qu’«il y a une complicité et une vulnérabilité institutionnelles telles, entre les Forces canadiennes et la Cour martiale générale, que l’indépendance de celle-ci, au sens de la Charte, est sérieusement compromise» (p. 374). Le ministère de la Défense nationale, à titre de poursuivant, est en mesure de faire pression ou d’exercer un contrôle sur la mise en accusation, sur l’enquête, sur la détention, sur la décision de poursuivre, sur la convocation du tribunal et sur les officiers du tribunal. En particulier, le juge Décary a jugé inacceptable que le Ministre, ou un membre des Forces canadiennes, puisse décider qui siègera dans une affaire donnée. La situation est aggravée par le fait que les juges militaires ne font pas partie d’une magistrature indépendante, mais continuent de servir les autorités militaires pendant le procès et retournent à leur service sitôt le procès terminé. Le juge Décary a refusé d’examiner, vu l’absence de preuve, si le système de cours martiales existant était justifié en vertu de l’article premier de la *Charte*.

Le juge Décary a conclu que, bien que la *Charte* permette l’existence d’un système distinct de droit et de tribunaux militaires, ce système doit néanmoins satisfaire à l’exigence de l’al. 11d). La personne qui est inculpée d’une infraction au Code de discipline militaire a le droit d’être jugée par un tribunal militaire qui soit indépendant et impartial.

Les questions en litige

Le 22 février 1991, le juge en chef Lamer a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les articles 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et les Ordonnances et Règlements royaux, en ce qu’ils permettent le procès d’un accusé par une cour martiale générale, restreignent-ils le droit de l’accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l’art. 7 et par l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, sont-ils des limites raisonnables dans le cadre d’une société libre et démocratique et donc justifiés en vertu

and *Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

3. Does s. 130 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, restrict the right to equality protected by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it confers jurisdiction over a person subject to the *National Defence Act* for offences pursuant to the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, as amended, thereby depriving the accused of the procedure normally applicable to such offences?
4. If the answer to question 3 is yes, is it a reasonable limit in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellant was also granted leave to appeal with respect to the following issue:

[TRANSLATION] Given its finding that s. 8 of the *Charter* was breached in this case, did the Court Martial Appeal Court err in law in declining to exclude, under s. 24(2) of the *Charter*, the evidence obtained by the police in the search of the appellant's residence on September 15, 1986?

Analysis

1. Introduction

The fundamental issue raised in this appeal is whether the appellant's rights under s. 11(d) of the *Charter* were violated by the trial before the General Court Martial in this case.

I wish to note from the outset that I have no doubt, in view of the judgment of this Court in *Wigglesworth, supra*, that s. 11(d) of the *Charter* is applicable to the proceedings of a General Court Martial. In *Wigglesworth*, the Court considered whether s. 11 of the *Charter* applied to proceedings of the Royal Canadian Mounted Police Service Court. The Service Court in that case was convened to try an inspector on a charge of a "major service offence" under the *Royal Canadian Mounted Police Act*. If found guilty of the offence,

de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Est-ce que l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, restreint le droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il confère une juridiction sur une personne assujettie à la *Loi sur la défense nationale* au sujet d'infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 et modifications, privant ainsi l'accusé de la procédure normalement applicable pour de telles infractions?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L'appelant a en outre été autorisé à se pourvoir relativement à la question suivante:

Est-ce que la Cour d'appel de la cour martiale a erré en droit en refusant d'exclure, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, la preuve obtenue lors de la perquisition au domicile de l'appelant, le 15 septembre 1986, alors qu'elle a conclu que l'art. 8 de la *Charte* n'avait pas été respecté?

Analyse

1. Introduction

La question fondamentale soulevée dans le présent pourvoi consiste à décider si, en l'espèce, le procès devant la cour martiale générale a violé les droits de l'appelant garantis par l'al. 11(d) de la *Charte*.

Je tiens à souligner, tout d'abord, que je ne doute pas un instant que, compte tenu de l'arrêt *Wigglesworth*, précité, de notre Cour, l'al. 11(d) de la *Charte* est applicable aux procédures d'une cour martiale générale. Dans l'arrêt *Wigglesworth*, la Cour s'est demandée si l'art. 11 de la *Charte* s'appliquait aux procédures du tribunal du service de la Gendarmerie royale du Canada. Le tribunal du service avait été convoqué, dans cette affaire, pour juger un inspecteur accusé d'une «infraction majeure ressortissant au service» au sens de la *Loi*

the inspector was liable to a penalty of imprisonment for one year. Wilson J., for the Court, stated that, in general, a matter could fall within the scope of s. 11 of the *Charter* for one of two reasons. First, she held that s. 11 applies to proceedings that are concerned with offences of a public nature, that is, breaches of rules that are "intended to promote public order and welfare within a public sphere of activity" (p. 560). She noted that such hearings are to be distinguished from private, domestic or disciplinary hearings which are intended to maintain discipline, professional integrity and professional standards or to regulate conduct within a private sphere of activity. Secondly, Wilson J. stated that a matter falls within s. 11, notwithstanding that merely private activity is concerned, if the imposition of "true penal consequences" is involved.

It is clear to me that the proceedings of the General Court Martial in this case attract the application of s. 11 of the *Charter* for both reasons suggested by Wilson J. in *Wigglesworth*. Although the Code of Service Discipline is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces, it does not serve merely to regulate conduct that undermines such discipline and integrity. The Code serves a public function as well by punishing specific conduct which threatens public order and welfare. Many of the offences with which an accused may be charged under the Code of Service Discipline, which is comprised of Parts IV to IX of the *National Defence Act*, relate to matters which are of a public nature. For example, any act or omission that is punishable under the *Criminal Code* or any other Act of Parliament is also an offence under the Code of Service Discipline. Indeed, three of the charges laid against the appellant in this case related to conduct proscribed by the *Narcotic Control Act*. Service tribunals thus serve the purpose of the ordinary criminal courts, that is, punishing wrongful conduct, in circumstances where the offence is committed by a member of the military or other person subject to the Code of Service Dis-

sur la Gendarmerie royale du Canada. S'il était déclaré coupable, l'inspecteur était passible d'un an d'emprisonnement. Le juge Wilson a dit, au nom de la Cour, qu'en général une affaire pourrait relever de l'art. 11 de la *Charte* pour l'une ou l'autre de deux raisons. Premièrement, elle a conclu que l'art. 11 s'applique aux procédures relatives à des infractions de nature publique, c'est-à-dire des manquements à des règles qui «vise[nt] à promouvoir l'ordre et le bien-être publics dans une sphère d'activité publique» (p. 560). Elle a fait observer qu'il fallait distinguer ces audiences d'avec les audiences privées, internes ou disciplinaires qui sont destinées à maintenir la discipline, l'intégrité professionnelle ainsi que certaines normes professionnelles, ou à réglementer la conduite dans une sphère d'activité privée. Deuxièmement, le juge Wilson a dit qu'une affaire relève de l'art. 11, peu importe qu'une activité purement privée soit en cause, si elle comporte l'imposition de «véritables conséquences pénales».

Il m'apparaît clair que l'art. 11 de la *Charte* est applicable aux procédures de la cour martiale générale en l'espèce pour les deux raisons énoncées par le juge Wilson dans l'arrêt *Wigglesworth*. Certes, le Code de discipline militaire porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l'intégrité au sein des Forces armées canadiennes, mais il ne sert pas simplement à réglementer la conduite qui compromet pareilles discipline et intégrité. Le Code joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu'il vise à punir une conduite précise qui menace l'ordre et le bien-être publics. Nombre des infractions dont une personne peut être accusée en vertu du Code de discipline militaire, qui constitue les parties IV à IX de la *Loi sur la défense nationale*, se rapportent à des affaires de nature publique. Par exemple, toute action ou omission punissable en vertu du *Code criminel* ou d'une autre loi du Parlement est également une infraction au Code de discipline militaire. En fait, trois des accusations portées contre l'appelant en l'espèce concernaient une conduite interdite par la *Loi sur les stupéfiants*. Les tribunaux militaires jouent donc le même rôle que les cours criminelles ordinaires, soit punir les infractions qui sont commises par des militaires ou par d'autres personnes assujetties au Code de dis-

cipline. Indeed, an accused who is tried by a service tribunal cannot also be tried by an ordinary criminal court (ss. 66 and 71 of the *National Defence Act*). For these reasons, I find that the appellant, who is charged with offences under the Code of Service Discipline and subject to the jurisdiction of a General Court Martial, may invoke the protection of s. 11 of the *Charter*.

In any event, the appellant faced the possible penalty of imprisonment in this case. Even if the matter dealt with was not of a public nature, therefore, s. 11 of the *Charter* would nonetheless apply by virtue of the potential imposition of true penal consequences.

It is therefore necessary for this Court to turn its mind to the resolution of the constitutional question, that is, whether the appellant's right to be tried by an independent and impartial tribunal was violated in this case. To resolve this question, I propose first to examine the criteria that have been set out by this Court to give meaning to the principles of independence and impartiality embraced by s. 11(d) of the *Charter*. I will then review the structure of the General Court Martial to determine whether the requirements of s. 11(d) are met. It will be helpful, at this later stage, to reconsider the judgment of this Court in *MacKay v. The Queen*, *supra*.

2. The Right to be Tried by an Independent and Impartial Tribunal

Section 11(d) of the *Charter* guarantees a person who is charged with an offence the right

to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

I emphasize that the principles of independence and impartiality embraced by s. 11(d) seek to achieve a twofold objective: first, to ensure that a person is tried by a tribunal that is not biased in any way and is in a position to render a decision which is based solely on the merits of the case before it, according to law. The decision-maker should not be influenced by the parties to a case or

cipline militaire. En effet, l'accusé qui est jugé par un tribunal militaire ne peut pas être jugé également par une cour criminelle ordinaire (art. 66 et 71 de la *Loi sur la défense nationale*). Pour ces raisons, je conclus que l'appelant, qui est accusé d'infractions au Code de discipline militaire et qui est justiciable d'une cour martiale générale, peut invoquer la protection de l'art. 11 de la *Charte*.

De toute façon, l'appelant risquait l'emprisonnement en l'espèce. Même si l'affaire n'était pas de nature publique, l'art. 11 de la *Charte* s'appliquerait néanmoins à cause de la possibilité de l'imposition de véritables conséquences pénales.

Par voie de conséquence, notre Cour doit se pencher sur la question constitutionnelle de savoir s'il y a eu violation, en l'espèce, du droit de l'appelant d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Pour trancher cette question, je vais d'abord étudier les critères énoncés par notre Cour pour donner un sens aux principes d'indépendance et d'impartialité visés à l'al. 11d) de la *Charte*. J'examinerai ensuite l'organisation de la cour martiale générale pour déterminer si les conditions de l'al. 11d) ont été remplies. Il sera utile, à cette dernière étape, de réexaminer l'arrêt de notre Cour, *MacKay c. La Reine*, précité.

2. Le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial

L'alinéa 11d) de la *Charte* garantit à tout inculpé le droit

d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Je souligne que les principes d'indépendance et d'impartialité visés à l'al. 11d) ont un double objectif: premièrement, s'assurer que la personne est jugée par un tribunal qui n'est aucunement partial et qui est apte à rendre une décision fondée seulement sur la preuve dont il est saisi, conformément à la loi. Le décideur ne devrait pas être influencé par les parties ni par des forces exté-

by outside forces except to the extent that he or she is persuaded by submissions and arguments pertaining to the legal issues in dispute. Secondly, however, irrespective of any actual bias on the part of the tribunal, s. 11(d) seeks to maintain the integrity of the judicial system by preventing any reasonable apprehensions of such bias.

This Court has had the opportunity, recently, to define more precisely the content of the right to be tried by an independent and impartial tribunal. In particular, the Court has drawn a firm line between the concepts of independence and impartiality. In *Valente*, Le Dain J. described the fundamental difference between these concepts. He noted that although the basic concerns of independence and impartiality are the same, the focus of each concept is different (at p. 685):

Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word "impartial" . . . connotes absence of bias, actual or perceived. The word "independent" in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

To assess the impartiality of a tribunal, the appropriate frame of reference is the "state of mind" of the decision-maker. The circumstances of an individual case must be examined to determine whether there is a reasonable apprehension that the decision-maker, perhaps by having a personal interest in the case, will be subjectively biased in the particular situation. The question of independence, in contrast, extends beyond the subjective attitude of the decision-maker. The independence of a tribunal is a matter of its status. The status of a tribunal must guarantee not only its freedom from interference by the executive and legislative branches of government but also by any other

rieures, sauf dans la mesure où il est convaincu par les arguments et les plaidoiries portant sur les questions de droit en litige. Deuxièmement, indépendamment de tout préjugé réel de la part du tribunal, l'al. 11d) cherche à maintenir l'intégrité du système judiciaire en empêchant toute crainte raisonnable de tels préjugés.

Notre Cour a eu l'occasion récemment de définir avec plus de précision le contenu du droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial. En particulier, la Cour a tracé une ligne de démarcation très nette entre les notions d'indépendance et d'impartialité. Dans l'arrêt *Valente*, le juge Le Dain a décrit la différence fondamentale entre ces deux notions. Il a fait remarquer que, si les soucis fondamentaux d'indépendance et d'impartialité sont les mêmes, le point de mire de chaque notion est cependant différent (à la p. 685):

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial» [...] connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme «indépendant», à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

L'appréciation de l'impartialité d'un tribunal suppose l'examen de l'«état d'esprit» du décideur. Il faut examiner les circonstances de chaque affaire pour déterminer s'il y a une crainte raisonnable que le décideur, peut-être parce qu'il a un intérêt personnel dans l'affaire, ait subjectivement un préjugé en l'occurrence. La question de l'indépendance, par contre, va au-delà de l'attitude subjective du décideur. L'indépendance du tribunal est une question de statut. Son statut doit garantir qu'il échappe non seulement à l'ingérence des organes exécutif et législatif, mais encore à l'influence de toute force extérieure, tels les intérêts d'entreprises ou de sociétés ou d'autres groupes de pression.

external force, such as business or corporate interests or other pressure groups. (See, for example, the recent judgment of this Court in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114). Dickson C.J. aptly summarized the essence of independence in *Beauregard*,^a *supra*, at p. 69:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them; no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence.

The ability of individual judges to make decisions in discrete cases free from external interference or influence continues . . . to be an important and necessary component of the principle.

Dickson C.J. noted that an additional purpose of judicial independence, over and above the principle that a tribunal have complete decision-making liberty in individual cases, is to allow the courts to fulfil their historical role as protector of constitutional law and values (p. 70).

It is important to note, at this stage, that the appellant does not question the impartiality of the General Court Martial by which he was tried. He does not suggest that the court martial was actually biased against him. Instead, his challenge is focused exclusively on the independence of the tribunal, in that under the structure of the court martial system as it existed at the time of his trial, a reasonable person would not have been satisfied that the General Court Martial was independent.

The essential conditions of independence, or basic mechanisms by which independence can be achieved, were discussed by Le Dain J. in *Valente*. He emphasized that a flexible standard must be applied under s. 11(d). Since s. 11(d) must be applied to a variety of tribunals, it is inappropriate

(Voir par exemple l'arrêt récent de notre Cour, *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114.) Le juge en chef Dickson résume avec justesse l'essence de l'indépendance dans l'arrêt *Beauregard*, précité, à la p. 69:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire.

La possibilité pour les juges pris individuellement de rendre des décisions dans des affaires distinctes en étant libres de toute intervention ou influence de l'extérieur continue [...] d'être une composante importante et nécessaire du principe . . .

Le juge en chef Dickson a fait observer que l'indépendance judiciaire avait un autre but, outre le principe qu'un tribunal doit être tout à fait libre de rendre sa décision sur l'affaire qui lui est soumise, soit de permettre aux tribunaux de remplir leur rôle historique de protecteurs de la Constitution et des valeurs qu'elle consacre (p. 70).

Il importe de noter, à ce stade, que l'appelant ne met pas en doute l'impartialité de la cour martiale générale qui l'a jugé. Il ne laisse pas entendre que la cour martiale avait réellement un préjugé contre lui. Sa contestation est plutôt axée exclusivement sur l'indépendance du tribunal, en ce sens que, selon le système de cours martiales qui existait à l'époque de son procès, une personne raisonnable n'aurait pas été persuadée que la cour martiale générale était indépendante.

Les conditions essentielles de l'indépendance, ou les mécanismes fondamentaux permettant de la réaliser, ont été étudiés par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. Il a souligné qu'il faut appliquer une norme souple aux fins de l'al. 11d). Comme cet alinéa doit être appliqué à divers tribunaux, il

to define strict formal conditions as the constitutional requirement for an independent tribunal. Mechanisms that are suitable and necessary to achieve the independence of the superior courts, for example, may be highly inappropriate in the context of a different tribunal. For this reason, the Court chose to define three essential conditions of independence that can be applied flexibly, being capable of attainment by a variety of legislative schemes or formulas (at p. 694):

The standard of judicial independence for purposes of s. 11(d) cannot be a standard of uniform provisions. It must necessarily be a standard that reflects what is common to, or at the heart of, the various approaches to the essential conditions of judicial independence in Canada.

The first essential condition of judicial independence, as defined in *Valente*, is security of tenure. This condition, like the other two, can be satisfied in a number of ways. What is essential is that the decision-maker be removable only for cause. In other words, at p. 698,

[t]he essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner.

Similarly, s. 11(d) of the *Charter* requires that a decision-maker have a basic degree of financial security. The substance of this condition is as follows (at p. 704):

The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence.

Within the limits of this requirement, however, the federal and provincial governments must retain the authority to design specific plans of remuneration that are appropriate to different types of tribunals. Consequently, a variety of schemes may equally satisfy the requirement of financial secur-

ne convient pas de définir des conditions formelles strictes à titre d'exigence constitutionnelle pour qu'il y ait tribunal indépendant. Par exemple, les mécanismes qui conviennent et qui sont nécessaires à l'indépendance des cours supérieures peuvent ne pas convenir du tout dans le cas d'un autre tribunal. C'est pourquoi la Cour a choisi de définir trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qui peuvent être appliquées avec souplesse et qui sont susceptibles d'être remplies par divers régimes et formules législatifs (à la p. 694):

La norme de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), ne peut être l'uniformité des dispositions. Ce doit nécessairement être une norme qui reflète ce qui est commun aux diverses conceptions des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire au Canada ou ce qui est au centre de ces conceptions.

La première condition essentielle de l'indépendance judiciaire, qui est définie dans l'arrêt *Valente*, est l'inamovibilité. Comme les deux autres, cette condition peut être remplie de diverses façons. Ce qui est essentiel, c'est que le décideur ne puisse être révoqué que pour un motif déterminé. Autrement dit, à la p. 698,

[l]'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge *ad hoc*, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations.

De même, l'al. 11d) de la *Charte* exige que le décideur bénéficie d'une mesure fondamentale de sécurité financière. L'essentiel de cette condition est défini comme suit (à la p. 704):

Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire.

Dans les limites de cette exigence, toutefois, les gouvernements fédéral et provinciaux doivent conserver le pouvoir d'établir des régimes de rémunération spécifiques qui conviennent à divers types de tribunaux. Par conséquent, divers régimes peuvent satisfaire également à l'exigence de sécurité

ity, provided that the essence of the condition is protected.

The third essential condition of judicial independence is institutional independence with respect to matters of administration that relate directly to the exercise of the tribunal's judicial function. It is unacceptable that an external force be in a position to interfere in matters that are directly and immediately relevant to the adjudicative function, for example, assignment of judges, sittings of the court and court lists. Although there must of necessity be some institutional relations between the judiciary and the executive, such relations must not interfere with the judiciary's liberty in adjudicating individual disputes and in upholding the law and values of the Constitution. (See *MacKeigan v. Hickman*, *supra*, per McLachlin J.)

A tribunal will not satisfy the requirements of s. 11(d) of the *Charter* if it fails to respect these essential conditions of judicial independence. Although the conditions are susceptible to flexible application in order to suit the needs of different tribunals, the essence of each condition must be protected in every case.

I emphasize that an individual who wishes to challenge the independence of a tribunal for the purposes of s. 11(d) need not prove an actual lack of independence. Instead, the test for this purpose is the same as the test for determining whether a decision-maker is biased. The question is whether an informed and reasonable person would perceive the tribunal as independent. This approach was justified by this Court in *Valente* (at p. 689):

Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration

financière, pourvu que l'essence de la condition soit préservée.

La troisième condition essentielle de l'indépendance judiciaire est l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont un effet direct sur l'exercice de ses fonctions judiciaires. Il est inacceptable qu'une force extérieure soit en mesure de s'immiscer dans les affaires qui se rattachent directement et immédiatement à la fonction décisionnelle, comme, par exemple, l'assignation des juges aux causes, les séances et le rôle de la cour. Certes, il est inévitable qu'il y ait des relations institutionnelles entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, mais ces relations ne doivent pas empiéter sur la liberté des juges de statuer sur une affaire donnée et de faire respecter la Constitution et les valeurs qu'elle consacre. (Voir *MacKeigan c. Hickman*, précité, le juge McLachlin.)

Un tribunal ne satisfera aux exigences de l'al. 11d) de la *Charte* que s'il remplit ces trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. Bien que ces conditions soient susceptibles d'être appliquées avec souplesse afin de répondre aux besoins de divers tribunaux, il faut protéger l'essence de chaque condition dans tous les cas.

Je tiens à souligner qu'une personne qui veut contester l'indépendance d'un tribunal aux fins de l'al. 11d) n'a pas besoin de prouver l'absence réelle d'indépendance. Le critère applicable à cette fin est plutôt identique à celui utilisé pour déterminer si un décideur est partial. Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable et bien informée percevrait le tribunal comme indépendant. Ce point de vue a été défendu par notre Cour dans l'arrêt *Valente* (à la p. 689):

Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11d) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné,

of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

With respect to the case at bar, therefore, the question is not whether the General Court Martial actually acted in a manner that may be characterized as independent and impartial. The appropriate question is whether the tribunal, from the objective standpoint of a reasonable and informed person, will be perceived as enjoying the essential conditions of independence.

I will now consider the General Court Martial system as it existed at the time of the appellant's trial in order to assess its consistency with s. 11(d) of the *Charter*. I should add, however, that since the appellant's trial took place various amendments have been made to the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* ("Q.R. & O.") concerning the constitution of the General Court Martial. These have gone a considerable way towards addressing the concerns I express below.

3. *Were the Appellant's Rights under Section 11(d) of the Charter Infringed in the Proceedings of the General Court Martial in this Case?*

(a) Introduction

The appellant concedes that a separate system of military law, along with a distinct regime of service tribunals to apply this law, is consistent with s. 11(d) of the *Charter*. He agrees it is necessary that military discipline be enforced effectively and speedily by tribunals whose members are associated with the military and therefore sensitive to its basic concerns. At the same time, he submits that, within the inherent limits of an institution having

mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

Dans le cas qui nous occupe, il ne s'agit donc pas de savoir si la cour martiale générale a vraiment agi d'une manière qui peut être qualifiée d'indépendante et d'impartiale. La question qu'il convient de se poser est de savoir si le tribunal, du point de vue objectif d'une personne raisonnable et bien informée, peut être perçu comme jouissant des conditions essentielles de l'indépendance.

Je vais maintenant examiner le système des cours martiales générales tel qu'il existait à l'époque du procès de l'appelant afin d'évaluer sa compatibilité avec l'al. 11d) de la *Charte*. J'ajouterais cependant que, depuis le procès de l'appelant, diverses modifications ont été apportées aux *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* («O.R.F.C.») relativement à la constitution des cours martiales générales. Ces modifications ont largement contribué à remédier aux préoccupations que j'exprime plus loin.

3. *Les procédures de la cour martiale générale en l'espèce ont-elles violé les droits de l'appelant garantis par l'al. 11d) de la Charte?*

a) Introduction

L'appelant reconnaît qu'un système de droit militaire séparé, conjugué à un régime distinct de tribunaux militaires chargés d'appliquer ce droit, est compatible avec l'al. 11d) de la *Charte*. Il convient qu'il est nécessaire que des tribunaux composés de juges associés aux Forces armées et donc sensibles à leurs préoccupations fondamentales fassent respecter efficacement et rapidement la discipline militaire. En même temps, il soutient que,

the power to discipline its own members, the adjudicative or disciplinary body must meet the standards of independence and impartiality required by s. 11(d). The General Court Martial, in his view, fails this test.

I agree that this issue gives rise to two distinct questions. First, is a parallel system of military tribunals, staffed by members of the military who are aware of and sensitive to military concerns, by its very nature inconsistent with s. 11(d) of the Charter? Secondly, if the first question is answered in the negative, is the General Court Martial, as constituted at the time of the trial under the *National Defence Act* and regulations, an independent tribunal for the purposes of s. 11(d)? The appellant correctly, in my opinion, concedes that the answer to the first question is no. Nonetheless, I believe that it is useful to consider the extent to which, and the reasons why, the *Charter* permits a parallel system of justice, such as that found under the *National Defence Act*, to exist alongside the ordinary criminal courts. Indeed, the reasons for the existence of such a parallel system of courts provide guides as to the system's proper limits. It is appropriate to commence this inquiry with a brief examination of the reasons of this Court in *MacKay v. The Queen, supra*.

(b) The General Position of Military Law and Tribunals Under Section 11(d) of the Charter

In *MacKay v. The Queen, supra*, a majority of this Court found that the trial of a member of the Canadian Armed Forces by a Standing Court Martial does not violate his or her rights under ss. 1(b) and 2(f) of the *Canadian Bill of Rights*. Sections 1(b) and 2(f) guarantee an individual the right to equality before the law and to be tried by an independent and impartial tribunal.

MacKay had been charged and convicted by a Standing Court Martial of certain offences under

dans les limites inhérentes d'une institution qui a le pouvoir de discipliner ses propres membres, l'organisme investi de pouvoirs décisionnels ou disciplinaires doit satisfaire aux normes d'indépendance et d'impartialité que fixe l'al. 11d). À son avis, la cour martiale générale échoue ce test.

Je conviens que ce point soulève deux questions distinctes. En premier lieu, est-ce qu'un système parallèle de tribunaux militaires, composés de militaires qui sont conscients des préoccupations des Forces armées et qui y sont sensibles, est intrinsèquement incompatible avec l'al. 11d) de la Charte? En deuxième lieu, si la réponse à la première question est négative, la cour martiale générale, telle que constituée à l'époque du procès sous le régime de la *Loi sur la défense nationale* et de ses règlements d'application, est-elle un tribunal indépendant au sens de l'al. 11d)? L'appelant concède, à juste titre, selon moi, que la réponse à la première question est négative. Néanmoins, je crois qu'il est utile de considérer dans quelle mesure et pour quelles raisons la Charte permet qu'un système de justice, comme celui prévu par la *Loi sur la défense nationale*, existe parallèlement à celui des cours criminelles ordinaires. En fait, les raisons pour lesquelles un tel système parallèle de tribunaux judiciaires existe nous fournissent des indications sur les limites que doit connaître ce système. Il convient de commencer notre étude par un bref examen des motifs exposés par notre Cour dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, précité.

b) La situation générale du droit et des tribunaux militaires par rapport à l'al. 11d) de la Charte

Dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, précité, notre Cour a conclu, à la majorité, que le procès d'un membre des Forces armées canadiennes devant une cour martiale permanente ne violait pas les droits que lui garantissent les al. 1b) et 2f) de la *Déclaration canadienne des droits*. Les alinéas 1b) et 2f) garantissent à un individu le droit à l'égalité devant la loi et à un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé.

MacKay avait été accusé de certaines infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, puis déclaré coupable

the *Narcotic Control Act*. He argued that his right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal had been violated as a result of the close involvement of the military in the proceedings against him. Ritchie J., for the majority, dispensed with this issue summarily. It was entirely appropriate, in his view, that military officers be responsible for disciplining personnel who commit military offences. Furthermore, he found no lack of independence or impartiality in the circumstances of the case (at p. 395):

An officer [having some years of military service and a familiarity with military law] whose occupation is closely associated with the administration of the law under the *National Defence Act* and whose career in the army must have made him familiar with what service life entails would, with all respect to those who hold a different view, appear to me to be a more suitable candidate for president of a court martial than a barrister or a judge who has spent his working life in the practice of non-military law. There is no evidence whatever in the record of the trial to suggest that the president acted in anything but an independent and impartial manner or that he was otherwise unfitted for the task to which he was appointed.

I can find no support in the evidence for the contention that the appointment of the president of the Court resulted or was calculated to result in the appellant being deprived of a trial before an independent and impartial tribunal.

Ritchie J. also found that MacKay's trial before the Standing Court Martial, rather than before the ordinary criminal courts, did not infringe his equality rights. He based this conclusion on the understanding that legislation dealing with a distinct class of people is not inconsistent with s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights* if it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective. Parliament enacted the *National Defence Act*, in his opinion, for the purpose of achieving a valid federal objective pursuant to s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. Consequently, the provisions of

par une cour martiale permanente. Il a soutenu qu'il y avait eu violation de son droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant et non préjugé, à cause de la participation étroite de militaires aux poursuites engagées contre lui. Le juge Ritchie a, au nom de la Cour à la majorité, tranché cette question sommairement. Il lui est apparu tout à fait convenable qu'il incombe à des officiers des Forces armées de punir les membres du personnel qui commettent des infractions militaires. De surcroît, il a conclu qu'il n'y avait pas eu absence d'indépendance ou d'impartialité dans les circonstances de cette affaire (à la p. 395):

Un officier [ayant un certain nombre d'années de service et connaissant le droit militaire] dont les fonctions sont reliées d'aussi près à l'application du droit issu de la *Loi sur la défense nationale* et que sa carrière dans l'armée a dû rendre familier avec les exigences de la vie militaire, me paraît, avec égards pour les tenants d'un point de vue différent, être un candidat plus apte à la présidence d'une cour martiale qu'un avocat ou un juge qui a fait carrière dans le droit non militaire. Absolument rien au dossier du procès ne laisse entendre que le président ait agi autrement que d'une façon indépendante et non préjugée ou qu'il ait par ailleurs été inapte à s'acquitter de la tâche qu'on lui avait confiée.

Je ne trouve rien dans la preuve qui fonde la prétention que la nomination du président de la cour pour le procès a eu pour résultat de priver l'appelant d'un procès devant un tribunal indépendant et non préjugé ou qu'elle visait ce résultat.

Le juge Ritchie a également conclu que le procès de MacKay devant la cour martiale permanente, plutôt que devant les cours criminelles ordinaires, ne violait pas ses droits à l'égalité. Il a fondé sa conclusion sur le raisonnement suivant lequel une loi qui vise une catégorie particulière de personnes n'est pas incompatible avec l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits* si elle a été adoptée dans le but de réaliser un objectif fédéral régulier. Le législateur fédéral a, selon lui, adopté la *Loi sur la défense nationale* afin de réaliser un objectif fédéral régulier, conformément au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, les dispositions de la Loi relatives aux

the Act regarding service tribunals did not violate MacKay's equality rights.

In concurring reasons, McIntyre J. agreed that the provisions of the *National Defence Act* authorizing the proceedings of the Standing Court Martial were consistent with the *Canadian Bill of Rights*. In concluding that the relevant provisions of the Act did not deny MacKay his right to a fair hearing by an independent and impartial tribunal, McIntyre J. emphasized the historical role of military officers in dispensing justice in accordance with military law. He admitted that an officer's association with the military hierarchy would colour his or her attitude when serving on a court martial. He did not believe, however, that this fact would lessen the independence or impartiality of the tribunal (at pp. 403-4):

From the earliest times, officers of the armed forces in this and, I suggest, all civilized countries have had this judicial function. It arose from practical necessity and, in my view, must continue for the same reason. It is said that by the nature of his close association with the military community and his identification with the military society, the officer is unsuited to exercise this judicial office. It would be impossible to deny that an officer is to some extent the representative of the class in the military hierarchy from which he comes; he would be less than human if he were not. But the same argument, with equal fairness, can be raised against those who are appointed to judicial office in the civilian society. We are all products of our separate backgrounds and we must all in the exercise of the judicial office ensure that no injustice results from that fact. I am unable to say that service officers, trained in the ways of service life and concerned to maintain the required standards of efficiency and discipline—which includes the welfare of their men—are less able to adjust their attitudes to meet the duty of impartiality required of them in this task than are others.

I am unable to say that the close identification of such disciplinary bodies with the profession concerned, taken with the seniority enjoyed by such officers within their professional group, has ever been recognized as a disqualifying factor on grounds of bias or otherwise. Rather it seems that the need for special knowledge and

tribunaux militaires ne violaient pas les droits à l'égalité de MacKay.

Dans ses motifs concordants, le juge McIntyre a convenu que les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* autorisant les procédures de la cour martiale permanente étaient compatibles avec la *Déclaration canadienne des droits*. En concluant que les dispositions pertinentes de la Loi ne priveraient pas MacKay de son droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant et non pré-jugé, le juge McIntyre a souligné le rôle historique des officiers des Forces armées chargés de rendre la justice conformément au droit militaire. Il a reconnu que les liens d'un officier avec la hiérarchie militaire influeraient sur son attitude en tant que membre d'une cour martiale. Cependant, il n'a pas estimé que l'indépendance ou l'impartialité du tribunal en seraient réduites pour autant (aux pp. 403 et 404):

Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et, selon moi, dans tous les pays civilisés. Il s'agissait d'une exigence d'ordre pratique et, à mon avis, il en est toujours de même. On dit qu'à cause de la nature de ses liens étroits avec la communauté militaire et de son identification avec elle, l'officier est inapte à remplir cette fonction judiciaire. On ne peut nier qu'un officier est jusqu'à un certain point le représentant de la classe militaire dont il est issu; il ne serait pas humain si ce n'était le cas. Mais le même argument, en toute justice, vaut tout autant à l'égard des personnes nommées à des fonctions judiciaires dans la société civile. Nous sommes tous les produits de nos milieux respectifs et nous devons tous, dans l'exercice de la fonction judiciaire, veiller à ce que cette réalité n'entraîne aucune injustice. Je ne puis dire que les officiers, formés aux méthodes de la vie militaire et soucieux de préserver les normes requises d'efficacité et de discipline—ce qui inclut le bien-être de leurs hommes—sont moins aptes que d'autres à adapter leurs attitudes de façon à remplir l'obligation d'impartialité qui leur incombe dans cette tâche.

Je ne peux pas dire que l'on ait déjà considéré que les liens étroits de ces organes disciplinaires avec la profession en cause et l'expérience dont jouissent leurs membres au sein de la profession, constituent un facteur d'exclusion pour cause de partialité ou autres causes. Il semble plutôt que l'on ait considéré que le besoin de

experience in professional matters has been recognized as a reason for the creation of disciplinary tribunals within the separate professions.

McIntyre J. also found that the parallel system of service tribunals did not violate MacKay's equality rights. He did not, however, apply the same test as the majority. To determine whether an individual's equality rights are infringed, in this case the rights of a member of the Armed Forces, McIntyre J. posed the following question (at p. 406):

The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

McIntyre J. concluded that the creation of special military tribunals to interpret and apply a distinct body of military law was not arbitrary or capricious. The unique disciplinary concerns of the military, different from our society's general concerns with social order and discipline, necessitate a separate and parallel system of military justice. McIntyre J. believed that the principle of equality before the law, however, demanded that the jurisdiction of military tribunals be no broader than what is necessary to achieve legitimate ends. For this reason, he stipulated that an offence should only fall within the jurisdiction of a military tribunal if it "is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service" (p. 410). He concluded that the offences with which MacKay was charged, trafficking and possession of narcotics, which were committed in a military establishment, undermined the standards of discipline and efficiency of the Forces and therefore properly fell within the jurisdiction of the Standing Court Martial.

connaissances spéciales et d'expérience des questions professionnelles justifiait la création de tribunaux disciplinaires au sein de chaque profession.

^a Le juge McIntyre a également conclu que le système parallèle de tribunaux militaires ne violait pas les droits à l'égalité de MacKay. Toutefois, il n'a pas appliqué le même critère que la majorité. Pour déterminer s'il y a atteinte aux droits à l'égalité d'une personne, en l'occurrence ceux d'un militaire, le juge McIntyre pose la question suivante (à la p. 406):

^c La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

^e Le juge McIntyre a conclu que la création de tribunaux militaires spéciaux chargés d'interpréter et d'appliquer un droit militaire distinct n'était ni arbitraire ni fantaisiste. Les préoccupations exceptionnelles des Forces armées en matière de discipline, qui diffèrent des préoccupations générales de la société en matière d'ordre public et de discipline, commandent un système de justice militaire parallèle et distinct. Le juge McIntyre croyait que le principe de l'égalité devant la loi exigeait cependant que la juridiction des tribunaux militaires ne dépassât pas ce qui était nécessaire pour réaliser des fins légitimes. Pour cette raison, il a précisé qu'une infraction ne devait relever de la compétence d'un tribunal militaire que si elle était «par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu'elle serait susceptible d'influer sur le niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées» (p. 410). Il a conclu que les infractions reprochées à MacKay, soit le trafic et la possession de stupéfiants sur une base militaire, minaient les normes de discipline et d'efficacité des Forces armées et relevaient donc, à bon droit, de la compétence de la cour martiale permanente.

Laskin C.J., in dissent, found that MacKay's rights under ss. 1(b) and 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* were both violated in the proceedings of the Standing Court Martial. MacKay's right to be tried by an independent and impartial tribunal was violated because of the close connection, which was not justified in this case, between the tribunal and the prosecution, that is, the Department of National Defence (at p. 380):

In my opinion, it is fundamental that when a person, any person, whatever his or her status or occupation, is charged with an offence under the ordinary criminal law and is to be tried under that law and in accordance with its prescriptions, he or she is entitled to be tried before a court of justice, separate from the prosecution and free from any suspicion of influence or dependency on others. There is nothing in such a case, where the person charged is in the armed forces, that calls for any special knowledge or special skill of a superior officer, as would be the case if a strictly service or discipline offence, relating to military activity, was involved. It follows that there has been a breach of s. 2(f) of the *Canadian Bill of Rights* in that the accused, charged with a criminal offence, was entitled to be tried by an independent and impartial tribunal. [Emphasis added.]

Similarly, Laskin C.J. found that MacKay's equality rights were violated in this case. The relevant provisions of the *National Defence Act*, in his opinion, subjected "members of the armed forces to a different and, indeed, more onerous liability for a breach of the ordinary law as applicable to other persons in Canada who are also governed by that law" (p. 386). He did not believe that the harsher treatment of military personnel is justified when the charge relates to a breach of the ordinary law which applies to all persons in Canada.

MacKay v. The Queen assists us by revealing various concerns with the independence and impartiality of the court martial system. The question raised in this appeal, however, is not resolved by this earlier case. First, the majority of this Court in *MacKay* seems to have applied a subjective test. It asked whether the Standing Court Martial actually acted in an independent and impartial manner.

Le juge en chef Laskin, dissident, a conclu que les droits de MacKay garantis par les al. 1b) et 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* avaient été violés par les procédures de la cour martiale permanente. Le droit de MacKay d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé avait été violé à cause des rapports étroits, injustifiés dans cette affaire, entre le tribunal et le poursuivant, c'est-à-dire le ministère de la Défense nationale (à la p. 380):

À mon avis, il est fondamental que lorsqu'une personne, quel que soit son statut ou son occupation, est accusée d'une infraction à la loi pénale ordinaire et doit être jugée en vertu de cette loi et conformément à ses prescriptions, elle ait le droit d'être jugée par une cour de justice, distincte de la poursuite et au-dessus de tout soupçon d'influence ou de dépendance d'autres personnes. Il n'y a rien dans le cas où l'accusé fait partie des forces armées, qui exige les connaissances ou l'habileté spéciales d'un officier supérieur, comme ce serait le cas si une infraction purement militaire ou disciplinaire relative à l'activité militaire était en cause. Il en découle que l'al. 2f) de la *Déclaration canadienne des droits* a été violé, parce que l'accusé, inculpé d'une infraction criminelle, avait le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et non préjugé. [Je souligne.]

De la même façon, le juge en chef Laskin a conclu que les droits à l'égalité de MacKay avaient été violés dans cette affaire. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la défense nationale*, à son avis, imposaient aux «membres des forces armées une responsabilité différente et, d'ailleurs, plus lourde que celle qui incombe aux autres personnes au Canada à qui cette loi-là s'applique aussi» (p. 386). Il n'a pas estimé qu'il était légitime de traiter les militaires avec plus de sévérité quand les accusations portées concernaient des infractions à la loi ordinaire qui s'applique à tout le monde au Canada.

L'arrêt *MacKay c. La Reine* est utile en ce qu'il révèle diverses préoccupations concernant l'indépendance et l'impartialité des cours martiales. Toutefois, cette décision antérieure ne règle pas la question soulevée dans le présent pourvoi. Premièrement, la Cour à la majorité dans l'arrêt *MacKay* semble avoir appliqué un critère subjectif. Elle s'est demandée si la cour martiale permanente

This is not, in light of *Valente*, the appropriate test. Secondly, we must, in this appeal, apply the jurisprudence of this Court with respect to s. 11(d) of the *Charter*. We must now therefore undertake an analysis that was not undertaken in *MacKay*.

(c) The Purpose of a System of Military Tribunals

The purpose of a separate system of military tribunals is to allow the Armed Forces to deal with matters that pertain directly to the discipline, efficiency and morale of the military. The safety and well-being of Canadians depends considerably on the willingness and readiness of a force of men and women to defend against threats to the nation's security. To maintain the Armed Forces in a state of readiness, the military must be in a position to enforce internal discipline effectively and efficiently. Breaches of military discipline must be dealt with speedily and, frequently, punished more severely than would be the case if a civilian engaged in such conduct. As a result, the military has its own Code of Service Discipline to allow it to meet its particular disciplinary needs. In addition, special service tribunals, rather than the ordinary courts, have been given jurisdiction to punish breaches of the Code of Service Discipline. Recourse to the ordinary criminal courts would, as a general rule, be inadequate to serve the particular disciplinary needs of the military. There is thus a need for separate tribunals to enforce special disciplinary standards in the military. I agree, in this regard, with the comments of Cattanach J. in *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.), at pp. 235-36:

Without a code of service discipline the armed forces could not discharge the function for which they were created. In all likelihood those who join the armed forces do so in time of war from motives of patriotism and in time of peace against the eventuality of war. To function efficiently as a force there must be prompt obe-

avait réellement agi d'une manière indépendante et impartiale. Compte tenu de l'arrêt *Valente*, ce n'est pas là le critère qu'il convient d'appliquer. Deuxièmement, nous devons, en l'espèce, appliquer la jurisprudence de notre Cour relative à l'al. 11d) de la *Charte*. Nous devons donc procéder à une analyse qui n'a pas été effectuée dans l'arrêt *MacKay*.

c) Le but d'un système de tribunaux militaires

Le but d'un système de tribunaux militaires distinct est de permettre aux Forces armées de s'occuper des questions qui touchent directement à la discipline, à l'efficacité et au moral des troupes. La sécurité et le bien-être des Canadiens dépendent dans une large mesure de la volonté d'une armée, composée de femmes et d'hommes, de défendre le pays contre toute attaque et de leur empressement à le faire. Pour que les Forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace. Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil. Il s'ensuit que les Forces armées ont leur propre code de discipline militaire qui leur permet de répondre à leurs besoins particuliers en matière disciplinaire. En outre, des tribunaux militaires spéciaux, plutôt que les tribunaux ordinaires, se sont vu conférer le pouvoir de sanctionner les manquements au Code de discipline militaire. Le recours aux tribunaux criminels ordinaires, en règle générale, serait insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des Forces armées sur le plan de la discipline. Il est donc nécessaire d'établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes spéciales de la discipline militaire. Je souscris, à cet égard, aux observations du juge Cattanach dans l'affaire *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.), aux pp. 235 et 236:

Sans code de discipline militaire, les Forces armées ne pourraient accomplir la fonction pour laquelle elles ont été créées. Vraisemblablement ceux qui s'enrôlent dans les Forces armées le font, en temps de guerre, par patriotisme et, en temps de paix, pour prévenir la guerre. Pour qu'une force armée soit efficace, il faut qu'il y ait

dience to all lawful orders of superiors, concern, support for and concerted action with their comrades and a reverence for and a pride in the traditions of the service. All members embark upon rigorous training to fit themselves physically and mentally for the fulfilment of the role they have chosen and paramount in that there must be rigid adherence to discipline.

Many offences which are punishable under civil law take on a much more serious connotation as a service offence and as such warrant more severe punishment. Examples of such are manifold such as theft from a comrade. In the service that is more reprehensible since it detracts from the essential *esprit de corps*, mutual respect and trust in comrades and the exigencies of the barrack room life style. Again for a citizen to strike another a blow is assault punishable as such but for a soldier to strike a superior officer is much more serious detracting from discipline and in some circumstances may amount to mutiny. The converse, that is for an officer to strike a soldier is also a serious service offence. In civilian life it is the right of the citizen to refuse to work but for a soldier to do so is mutiny, a most serious offence, in some instances punishable by death. Similarly a citizen may leave his employment at any time and the only liability he may incur is for breach of contract but for a soldier to do so is the serious offence of absence without leave and if he does not intend to return the offence is desertion.

Such a disciplinary code would be less effective if the military did not have its own courts to enforce the code's terms. However, I share the concerns expressed by Laskin C.J. and McIntyre J. in *MacKay v. The Queen* with the problems of independence and impartiality which are inherent in the very nature of military tribunals. In my opinion, the necessary association between the military hierarchy and military tribunals—the fact that members of the military serve on the tribunals—detracts from the absolute independence and impartiality of such tribunals. As I shall elaborate in greater detail below, the members of a court martial, who are the triers of fact, and the judge advocate, who presides over the proceedings much like a judge, are chosen from the ranks of the military. The members of the court martial will

prompte obéissance à tous les ordres licites des supérieurs, respect des camarades, encouragement mutuel et action concertée; il faut aussi respecter les traditions du service et en être fier. Tous les membres des Forces armées se soumettent à un entraînement rigoureux pour être à même, physiquement et moralement, de remplir le rôle qu'ils ont choisi et, en cela, le respect strict de la discipline est d'une importance capitale.

Plusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu'elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l'imposition de sanctions plus sévères. Les exemples en ce domaine sont légion, ainsi le vol au détriment d'un camarade. Dans l'armée la chose est plus répréhensible puisqu'elle porte atteinte à cet «esprit de corps» si essentiel, au respect mutuel et à la confiance que doivent avoir entre eux des camarades, ainsi qu'au moral de la vie de caserne. Pour un citoyen, en frapper un autre, c'est se livrer à des voies de faits punissables en tant que telles, mais pour un soldat, frapper un officier supérieur, c'est beaucoup plus grave; c'est porter atteinte à la discipline et, en certains cas, cela peut équivaloir à une mutinerie. À l'inverse, l'officier qui frappe un soldat commet aussi une infraction militaire sérieuse. Dans la vie civile, un citoyen peut à bon droit refuser de travailler, mais le soldat qui agit ainsi commet une mutinerie, ce qui est une infraction des plus graves, passible de mort en certains cas. De même, un citoyen peut quitter son emploi en tout temps, sa conduite ne sera entachée que d'inexécution d'obligations contractuelles mais, pour un soldat, agir ainsi constitue une infraction sérieuse, qualifiée d'absence sans permission et, s'il n'a pas l'intention de revenir, de désertion.

Un tel code de discipline serait moins efficace si les Forces armées n'avaient pas leurs propres tribunaux pour le faire respecter. Toutefois, je partage les préoccupations exprimées par le juge en chef Laskin et le juge McIntyre, dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, au sujet des problèmes d'indépendance et d'impartialité qui sont inhérents à la nature même des tribunaux militaires. À mon avis, les liens nécessaires entre la hiérarchie militaire et les tribunaux militaires—le fait que des membres des Forces armées fassent partie de ces tribunaux—portent atteinte à l'indépendance et à l'impartialité totales de ces tribunaux. Comme je vais l'expliquer plus en détail ci-après, les membres d'une cour martiale, qui sont les juges des faits, et le juge-avocat, qui préside l'instance à peu près de la même manière qu'un juge, sont choisis parmi

also be at or higher in rank than captain. Their training is designed to insure that they are sensitive to the need for discipline, obedience and duty on the part of the members of the military and also to the requirement for military efficiency. Inevitably, the court martial represents to an extent the concerns of those persons who are responsible for the discipline and morale of the military. In my opinion, a reasonable person might well consider that the military status of a court martial's members would affect its approach to the matters that come before it for decision.

This, in itself, is not sufficient to constitute a violation of s. 11(d) of the *Charter*. In my opinion the *Charter* was not intended to undermine the existence of self-disciplinary organizations such as, for example, the Canadian Armed Forces and the Royal Canadian Mounted Police. The existence of a parallel system of military law and tribunals, for the purpose of enforcing discipline in the military, is deeply entrenched in our history and is supported by the compelling principles discussed above. An accused's right to be tried by an independent and impartial tribunal, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, must be interpreted in this context.

In this regard, I agree with the conclusion reached by James B. Fay in Part IV of his considered study of Canadian military law ("Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 228, at p. 248):

In a military organization, such as the Canadian Forces, there cannot ever be a truly independent military judiciary; the reason is that the military officer must be involved in the administration of discipline at all levels. A major strength of the present military judicial system rests in the use of trained military officers, who are also legal officers, to sit on courts martial in judicial roles. If this connection were to be severed, (and true independence could only be achieved by such severance), the advantage of independence of the judge that might thereby be achieved would be more than offset by the disadvantage of the eventual loss by the judge of the military knowledge and experience which today helps

les militaires. Les membres de la cour martiale sont aussi des supérieurs hiérarchiques ayant au moins le grade de capitaine. Leur formation vise à assurer qu'ils sont sensibles à la nécessité de la discipline, de l'obéissance et du sens du devoir de la part des Forces armées, ainsi qu'à l'exigence d'efficacité militaire. La cour martiale traduit inévitablement, dans une certaine mesure, les préoccupations des personnes responsables de la discipline et du moral des troupes. À mon avis, une personne raisonnable pourrait bien considérer que l'appartenance aux Forces armées des personnes qui composent une cour martiale influera sur sa façon d'aborder les affaires qui lui sont soumises.

Cela n'est pas suffisant en soi pour constituer une violation de l'al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, la *Charte* ne vise pas à miner l'existence d'organismes qui veillent eux-mêmes au maintien d'une discipline, comme, par exemple, les Forces armées canadiennes et la Gendarmerie royale du Canada. L'existence d'un système parallèle de droit et de tribunaux militaires, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées, est profondément enracinée dans notre histoire et elle est justifiée par les principes impérieux analysés plus haut. C'est dans ce contexte qu'il faut interpréter le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial que garantit à l'accusé l'al. 11d) de la *Charte*.

À cet égard, je souscris à la conclusion tirée par James B. Fay dans la partie IV de son étude approfondie du droit militaire canadien («Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice» (1975), 23 *Chitty's L.J.* 228, à la p. 248):

[TRADUCTION] Dans une organisation militaire, comme les Forces canadiennes, il ne peut jamais y avoir de justice militaire vraiment indépendante, et ce, parce que les officiers des Forces doivent participer à l'administration de la discipline à tous les échelons. L'un des points forts du système actuel de justice militaire réside dans le fait que la fonction judiciaire au sein des cours martiales est confiée à des officiers spécialement formés, qui sont aussi des avocats. Si ce lien devait être rompu (et si l'indépendance véritable ne pouvait être atteinte que grâce à cette rupture), l'avantage que représente l'indépendance du juge qui pourrait être ainsi obtenue serait plus que contrebalancée par l'inconvé-

him to meet his responsibilities effectively. Neither the Forces nor the accused would benefit from such a separation.

In my view, any interpretation of s. 11(d) must take place in the context of other *Charter* provisions. In this connection, I regard it as relevant that s. 11(f) of the *Charter* points to a different content to certain legal rights in different institutional settings:

11. Any person charged with an offence has the right

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment.

Section 11(f) reveals, in my opinion, that the *Charter* does contemplate the existence of a system of military tribunals with jurisdiction over cases governed by military law. The s. 11(d) guarantees must therefore be construed with this in mind. The content of the constitutional guarantee of an independent and impartial tribunal may well be different in the military context than it would be in the context of a regular criminal trial. However, any such parallel system is itself subject to *Charter* scrutiny, and if its structure violates the basic principles of s. 11(d) it cannot survive unless the infringements can be justified under s. 1.

The first step in our inquiry, therefore, must be to consider whether the proceedings of the General Court Martial infringed the appellant's rights under s. 11(d) of the *Charter*. The status of a General Court Martial, in an objective sense, as revealed by the statutory and regulatory provisions which governed its constitution and proceedings at the time of the appellant's trial, must be examined to determine whether the institution has the essential characteristics of an independent and impartial tribunal. In the course of this examination the appropriate test to be applied under s. 11(d) should be borne in mind: would a reasonable person,

nient de la perte éventuelle des connaissances et de l'expérience militaires du juge qui aident ce dernier à l'heure actuelle à s'acquitter de sa tâche efficacement. Ni les Forces, ni l'accusé ne bénéficieraient d'une telle dissociation.

À mon avis, toute interprétation de l'al. 11d) doit se faire dans le contexte des autres dispositions de la *Charte*. Sous ce rapport, j'estime qu'il est approprié que l'al. 11f) de la *Charte* indique que le contenu de certaines garanties juridiques pourra varier selon l'institution en cause:

11. Tout inculpé a le droit:

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

L'alinéa 11f) révèle, à mon sens, que la *Charte* prévoit l'existence d'un système de tribunaux militaires ayant compétence sur les affaires régies par le droit militaire. C'est donc en ayant cela à l'esprit qu'il faut interpréter les garanties de l'al. 11d). Le contenu de la garantie constitutionnelle d'un tribunal indépendant et impartial peut très bien différer selon qu'il s'agit du contexte militaire ou de celui d'un procès criminel ordinaire. Toutefois, un tel système parallèle est lui-même assujéti à un examen fondé sur la *Charte* et, si son organisation mine les principes fondamentaux de l'al. 11d), il ne peut survivre à moins que les atteintes soient justifiables en vertu de l'article premier.

Par conséquent, la première étape de notre examen doit consister à déterminer si les procédures de la cour martiale générale ont porté atteinte aux droits garantis à l'appelant par l'al. 11d) de la *Charte*. Pour déterminer si la cour martiale générale possède les caractéristiques essentielles d'un tribunal indépendant et impartial, il faut examiner objectivement le statut de cette institution, tel qu'il ressort des dispositions législatives et réglementaires qui régissaient sa constitution et ses procédures au moment du procès de l'appelant. Cet examen doit être fait en ayant à l'esprit le critère qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11d), savoir:

familiar with the constitution and structure of the General Court Martial, conclude that the tribunal enjoys the protections necessary for judicial independence?

4. *The Institutional Background*

(a) The National Defence Act: Code of Service Discipline

The Code of Service Discipline defines the standard of conduct to which military personnel and certain civilians are subject and provides for a set of military tribunals to discipline breaches of that standard. The system of military courts is governed not only by the statutory provisions contained in the Code but also by related regulations contained in the Q.R. & O. and the *Canadian Forces Administrative Orders*.

Under the Code of Service Discipline, a person who commits an offence may be tried by summary trial or by a court martial. The punishments that an officer conducting a summary trial is authorized to impose are limited to the penalties listed in s. 163(2) of the Act. Detention for a period of 90 days is the most serious penalty that an officer may impose in this context. As a result, the disciplinary powers available to an officer conducting a summary trial will be inadequate with respect to certain serious offences. In many cases, therefore, an accused will be tried by a court martial, which generally has the power to impose more serious penalties.

The Act provides for four types of courts martial: the General Court Martial, the Special General Court Martial, the Disciplinary Court Martial and the Standing Court Martial. Each type of court martial is different in terms of the offenders who are subject to its jurisdiction and the punishments which it is authorized to impose. The General Court Martial has jurisdiction over the most serious offences and has the power to impose the most serious penalties.

When a member of the Canadian Forces breaches the Code of Service Discipline, his or her

une personne raisonnable, bien au fait de la constitution et de l'organisation de la cour martiale générale, conclurait-elle que le tribunal jouit des protections nécessaires à l'indépendance judiciaire?

a 4. *Le contexte institutionnel*

a) La Loi sur la défense nationale: le Code de discipline militaire

Le Code de discipline militaire définit la norme de conduite applicable aux militaires et à certains civils et crée un ensemble de tribunaux militaires chargés de sanctionner les manquements à cette norme. Le système des tribunaux militaires est régi non seulement par les dispositions législatives du Code, mais aussi par des règlements connexes contenus dans les O.R.F.C. et dans les *Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes*.

Aux termes du Code de discipline militaire, quiconque commet une infraction peut être jugé sommairement ou par une cour martiale. Les peines que peut imposer l'officier qui dirige un procès sommaire sont limitées à celles énumérées au par. 163(2) de la Loi. La détention pour une période de 90 jours est la peine la plus sévère que l'officier peut imposer dans ce contexte. Par conséquent, les pouvoirs disciplinaires dont est investi l'officier qui préside le procès sommaire sont insuffisants dans le cas de certaines infractions. Dans bien des cas, l'accusé sera donc jugé par une cour martiale qui, en général, est habilitée à imposer des peines plus sévères.

La Loi prévoit quatre types de cours martiales: la cour martiale générale, la cour martiale spéciale, la cour martiale disciplinaire et la cour martiale permanente. Chaque type de cour martiale diffère quant aux contrevenants qui relèvent de sa compétence et quant aux peines qu'il est autorisé à imposer. La cour martiale générale est compétente relativement aux infractions les plus graves et a le pouvoir d'imposer les peines les plus sévères.

Si un membre des Forces canadiennes commet une infraction au Code de discipline militaire, c'est

commanding officer is initially responsible for disciplining that member. The commanding officer may deal with the matter by summary trial if the powers of punishment available on summary proceedings are suitable. If the commanding officer believes that these powers of punishment would be inadequate considering the gravity of the offence, he or she shall apply to a higher authority for disposal of the charge (arts. 108.30 and 109.01 Q.R. & O.).

If the higher authority concludes that its powers of punishment are inadequate to deal with the matter, it is then ordered that the offender be tried by court martial. If the higher authority lacks the power to convene a court martial, the matter is referred to the next superior officer who has the power to convene a court martial (art. 110.06 Q.R. & O.).

(b) The Structure of the General Court Martial

The Act and regulations stipulate who has the authority to convene a General Court Martial. This person is called a "convening authority". The following persons have the authority to convene such a court martial (s. 165 of the Act and art. 111.05 Q.R. & O.): the Minister of National Defence, the Chief of the Defence Staff, an officer commanding a command, upon receipt of an application from a commanding officer, and any other service authorities that the Minister may prescribe or appoint.

The principal actors at a General Court Martial, aside from the accused, are the prosecutor, the judge advocate and the president and other members.

(i) *Prosecutor*

The role of the prosecutor is self-evident. He or she is responsible for making the case against the accused, that is, for proving that the accused committed a breach of the Code of Service Discipline. The prosecutor at a General Court Martial is appointed by the convening authority. He or she will be a commissioned officer from the office of the Judge Advocate General, who is himself or

à son commandant qu'il incombe d'abord de statuer sur son cas. Le commandant peut le juger sommairement si les pouvoirs de punition que comportent les procédures sommaires conviennent. S'il estime que ces pouvoirs de punition seraient insuffisants, compte tenu de la gravité de l'infraction, il doit demander à l'autorité supérieure de connaître de l'accusation (art. 108.30 et 109.01 O.R.F.C.).

Si l'autorité supérieure décide que ses pouvoirs de punition sont insuffisants, il est alors ordonné que l'accusé soit jugé par une cour martiale. Si l'autorité supérieure n'a pas le pouvoir de convoquer une cour martiale, l'affaire est renvoyée au supérieur immédiat qui a le pouvoir de convoquer une cour martiale (art. 110.06 O.R.F.C.).

(b) L'organisation de la cour martiale générale

La Loi et les règlements précisent qui peut convoquer une cour martiale générale. Cette personne est appelée l'«autorité convocatrice». Les personnes suivantes peuvent convoquer une telle cour martiale (art. 165 de la Loi et art. 111.05 O.R.F.C.): le ministre de la Défense nationale, le chef de l'état-major de la défense, un officier commandant un commandement, à la réception d'une demande d'un commandant, et les autres autorités militaires que le Ministre peut prescrire ou désigner à cette fin.

Les principaux acteurs d'une cour martiale générale sont, outre l'accusé, le procureur à charge, le juge-avocat ainsi que le président, et les autres membres.

(i) *Le procureur à charge*

Le rôle du procureur à charge est évident en soi. Il est chargé de faire la preuve des faits reprochés à l'accusé, c'est-à-dire de prouver que l'accusé a commis une infraction au Code de discipline militaire. Le procureur à charge d'une cour martiale générale est nommé par l'autorité convocatrice. C'est un officier commissionné du cabinet du juge-avocat général, qui est lui-même avocat et qui pré-

herself a barrister, and who chairs the selection board that chooses candidates to become military judges. With the consent of the Judge Advocate General, civilian counsel may be appointed as prosecutor: art. 111.23 Q.R. & O.

(ii) *President and Other Members*

A General Court Martial may consist of not less than five and not more than nine members (s. 167 of the Act and art. 111.18 Q.R. & O.). The members of the court martial are effectively the triers of fact. They determine, by majority vote, the guilt or innocence of the accused. The members also, unlike a jury in an ordinary court of law, determine the sentence in the event that the accused is found guilty (s. 192 of the Act). One of the members of the court martial acts as president of the court (s. 168 of the Act). The role of the president is to ensure that the trial is conducted in an orderly and judicial manner and to be responsible for the proper performance of the duties of the court (art. 112.54 Q.R. & O.). The following persons are prohibited, under s. 170 of the Act, from sitting as a member of a General Court Martial: the officer who convened the court martial; the prosecutor; a witness for the prosecution; the commanding officer of the accused person; a provost officer; and any person who was involved in the investigation with respect to the charge in question. The members of a General Court Martial should not normally be of a rank lower than that held by the accused (art. 111.21 (Note A) Q.R. & O.). No members of the court martial can be below the rank of captain (s. 170(g) of the Act). The president cannot be below the rank of colonel (s. 168(1) of the Act). In addition, the members of the court should not be selected from the unit to which the accused belongs unless the demands of the military require otherwise (art. 111.06 (Note B) Q.R. & O.). An accused has the right to object to the selection of any members of the court (s. 187 of the Act).

(iii) *Judge Advocate*

Members of the Legal Branch of the Forces who have undergone special training to qualify as military judges may be appointed by the Judge Advo-

side le comité de sélection qui choisit les candidats à un poste de juge militaire. Avec l'assentiment du juge-avocat général, un avocat civil peut être nommé procureur à charge: art. 111.23 O.R.F.C.

(ii) *Le président et les autres membres*

La cour martiale générale se compose d'au moins cinq et d'au plus neuf membres (art. 167 de la Loi et art. 111.18 O.R.F.C.). Les membres de la cour martiale sont effectivement les juges des faits. Ils déterminent, à la majorité, la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Contrairement au jury d'une cour de justice ordinaire, les membres prononcent aussi la sentence dans le cas où l'accusé est déclaré coupable (art. 192 de la Loi). L'un des membres de la cour martiale agit comme président de la cour (art. 168 de la Loi). Son rôle consiste à veiller à ce que le procès soit dirigé avec ordre et d'une façon digne d'une cour de justice et à ce que la cour s'acquitte comme il faut de ses fonctions (art. 112.54 O.R.F.C.). Aux termes de l'art. 170 de la Loi, il est interdit aux personnes suivantes de siéger à une cour martiale générale: l'officier qui l'a convoquée, le procureur de la poursuite, les témoins à charge, le commandant de l'accusé, les officiers de la police militaire et les personnes qui ont participé à l'enquête relative à l'accusation en question. Les membres d'une cour martiale générale ne doivent pas normalement avoir un grade inférieur à celui de l'accusé (art. 111.21 (note A) O.R.F.C.). Nul membre de la cour ne doit avoir un grade inférieur à celui de capitaine (al. 170g) de la Loi. Le président doit avoir au moins le grade de colonel (par. 168(1) de la Loi). De plus, les membres de la cour doivent être choisis parmi d'autres unités que celle de l'accusé, sauf si les exigences du service le rendent nécessaire (art. 111.06 (note B) O.R.F.C.). L'accusé a le droit de récuser les membres de la cour (art. 187 de la Loi).

(iii) *Le juge-avocat*

Les membres du contentieux des Forces qui ont reçu une formation spéciale pour être admis comme juges militaires peuvent être nommés par

cate General to positions in the Chief Judge Advocate's Division within the Office of the Judge Advocate General. There, they perform legal duties related to the judicial function, and may be called upon to preside at courts martial. When it is proposed to convene a General Court Martial, the appointment of the judge advocate is made by the Judge Advocate General from officers serving in the Chief Judge Advocate's Division. The length of postings to the Chief Judge Advocate's Division is controlled by the Judge Advocate General. Officers serving in that Division may be re-posted to other legal duties within the Judge Advocate General's Office, or elsewhere within the Legal Branch of the Forces.

The judge advocate officiates at a General Court Martial much as a judge presides over a hearing in an ordinary court of law. He is not, however, the trier of fact. The judge advocate is called upon to determine questions of law or mixed law and fact whether they arise before or after the commencement of the trial (s. 192(4) of the Act). If the permission of the president is obtained, he may address the members of the court martial on such matters as he deems necessary or desirable (art. 112.05(4a) Q.R. & O.). In certain circumstances, the president may direct the judge advocate to rule on a question of law or mixed law and fact (art. 112.06 Q.R. & O.). The court may only disregard the opinion of the judge advocate on questions of law and procedure "for very weighty reasons" (art. 112.54 Q.R. & O.).

Section 188 of the Act requires an oath to be taken by each of the members of the court martial and by the judge advocate before the commencement of proceedings. These persons must swear, in the relevant oath, to carry out their responsibilities "without partiality, favour or affection" (arts. 112.15 and 112.16 Q.R. & O.).

(c) The Independence of the General Court Martial

I will now examine the status of the General Court Martial in terms of the three conditions of judicial independence described in *Valente*. As

le juge-avocat général à des postes dans la section du juge-avocat en chef à l'intérieur du cabinet du juge-avocat général. Ils accomplissent là des tâches juridiques liées à la fonction judiciaire et peuvent être appelés à présider des cours martiales. Lorsqu'il est proposé de convoquer une cour martiale générale, le juge-avocat général nomme le juge-avocat parmi les officiers qui travaillent dans la section du juge-avocat en chef. C'est le juge-avocat général qui contrôle la durée des affectations à la section du juge-avocat en chef. Les officiers qui travaillent dans cette section peuvent se voir assigner de nouveau d'autres tâches juridiques au cabinet du juge-avocat général ou ailleurs dans le contentieux des Forces.

Le juge-avocat remplit ses fonctions à la cour martiale générale à peu près de la même manière que le juge qui préside l'audience d'une cour de justice ordinaire. Il n'est cependant pas le juge des faits. Le juge-avocat est appelé à statuer sur les questions de droit ou sur les questions mixtes de droit et de fait survenant avant ou après l'ouverture du procès (par. 192(4) de la Loi). Il peut, avec la permission du président, expliquer aux membres de la cour martiale toute question qu'il peut lui sembler nécessaire ou souhaitable de traiter (par. 112.05(4a) O.R.F.C.). Dans certains cas, le président peut ordonner au juge-avocat de statuer sur une question de droit ou sur une question mixte de droit et de fait (art. 112.06 O.R.F.C.). La cour ne peut passer outre à l'avis du juge-avocat sur des questions de droit et de procédure que «pour des raisons très sérieuses» (art. 112.54 O.R.F.C.).

L'article 188 de la Loi exige que les membres de la cour martiale et le juge-avocat prêtent serment avant le début des procédures. Ces personnes doivent jurer, suivant la forme de serment indiquée, de remplir leurs tâches «sans partialité, faveur ni affection» (art. 112.15 et 112.16 O.R.F.C.).

(c) L'indépendance de la cour martiale générale

Je vais maintenant examiner le statut de la cour martiale générale en fonction des trois conditions essentielles de l'indépendance judiciaire énoncées

noted above, these criteria are security of tenure, financial independence, and institutional independence. The first two criteria are personal to the adjudicator in terms of his or her direct relationship with the executive, while the third criterion relates to the independence of the tribunal considered as an institution.

(i) *Security of Tenure*

At the time of the appellant's trial, the Judge Advocate General had the authority to appoint the judge-advocate at a General Court Martial (s. 169 of the Act and art. 111.22 Q.R. & O.). The Judge Advocate General is a barrister or advocate of not less than 10 years standing who is appointed by the Governor in Council (s. 9 of the Act). The Act does not require the Judge Advocate General to be a member of the Armed Forces, but, in practice, he has always been chosen from the ranks of the military. Captain Charles F. Blair, in an affidavit that was filed in this Court by the respondent, describes an important component of the Judge Advocate General's role as follows:

34. By historical custom of the service, and by written terms of reference, the Judge Advocate General is responsible for the provision of a military judiciary to take the judicial role in the military justice system provided for in the *National Defence Act*. To that end, he has established and maintains the Chief Judge Advocate's division of the Office of the Judge Advocate General. . . . [T]hat division consists of the Chief Judge Advocate (a military officer in the rank of Colonel or its naval equivalent Captain (N)), a Deputy Chief Judge Advocate (Lieutenant-Colonel or Commander), and two Assistant Chief Judge Advocates (also Lieutenant-Colonels or Commanders). All of these officers have been formally qualified as military judges, through the process of qualification, training, and experience described below.

Captain Blair also indicates that the Office of the Judge Advocate General maintains a reserve of legal officers who are similarly qualified as military judges. Judge advocates at General Courts Martial are appointed from this pool of military judges. Captain Blair notes that although the Judge

dans l'arrêt *Valente*. Je le répète, ces critères sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle. Les deux premiers critères se rapportent personnellement au décideur en ce qu'ils concernent ses rapports directs avec le pouvoir exécutif, tandis que le troisième critère se rapporte à l'indépendance du tribunal en tant qu'institution.

(i) *L'inamovibilité*

À l'époque du procès de l'appelant, le juge-avocat général avait le pouvoir de nommer le juge-avocat à la cour martiale générale (art. 169 de la Loi et art. 111.22 O.R.F.C.). Le juge-avocat général est un avocat, admis à l'exercice de la profession depuis au moins 10 ans, qui est nommé par le gouverneur en conseil (art. 9 de la Loi). La Loi n'exige pas que le juge-avocat général fasse partie des Forces armées, mais, en pratique, il a toujours été choisi parmi les membres des Forces. Dans un affidavit qui a été produit devant notre Cour par l'intimée, le capitaine Charles F. Blair décrit un aspect important du rôle du juge-avocat général:

[TRADUCTION] 34. Suivant la coutume du service et conformément à son mandat écrit, le juge-avocat général est chargé de constituer un corps de magistrats judiciaires appelés à rendre la justice militaire en conformité avec les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*. À cette fin, il a établi la section du juge-avocat en chef au cabinet du juge-avocat général. [. . .] [C]ette section se compose du juge-avocat en chef (un officier militaire ayant le grade de colonel ou son équivalent dans la marine, le capitaine de vaisseau), d'un juge-avocat en chef adjoint (lieutenant-colonel ou capitaine de frégate) et de deux assistants du juge-avocat en chef (aussi lieutenants-colonels ou capitaines de frégate). Tous ces officiers ont les qualités requises pour le poste de juge militaire, attestées selon le processus en matière de compétences, de formation et d'expérience qui est décrit ci-dessous.

Le capitaine Blair indique en outre que le cabinet du juge-avocat général garde en réserve des avocats militaires qui ont les compétences voulues pour le poste de juge militaire. Les juges-avocats à la cour martiale générale sont choisis parmi cette réserve de juges militaires. Le capitaine Blair fait

Advocate General formally appoints a judge advocate, this appointment is made on the recommendation of the Chief Judge Advocate. Lastly, I note that officers holding a position with the Office of the Judge Advocate General are directly responsible to the Office for the performance of their responsibilities. They are, at the same time, subject to the orders of senior commanders in their region. No order by a senior commander, however, should interfere substantially with the primary functions of the officer. Furthermore, no such officer shall intermingle judicial and non-judicial functions; if an officer is consulted on a pre-trial matter, that officer shall not participate in the trial on that matter (*Canadian Forces Administrative Orders* 4-1).

Unlike the situation of the ordinary courts, a judge advocate is appointed to sit on a General Court Martial on an *ad hoc* basis. This temporary appointment reflects the nature of the General Court Martial, which is convened when necessary to deal with a breach of the Code of Service Discipline. At the conclusion of this type of court martial, the judge advocate and members return to their usual roles within the military. For the members of the General Court Martial, this means a return to their regular duties as officers. For the judge advocate, it means a return to legal duties within the Office of the Judge Advocate General.

It is my conclusion that this arrangement does not guarantee a judge advocate sufficient security of tenure to satisfy the requirements of s. 11(d) of the *Charter*. The *National Defence Act* and regulations fail to protect a judge advocate against the discretionary or arbitrary interference of the executive. The Judge Advocate General, who had the legal authority to appoint a judge advocate at a General Court Martial, is not independent of but is rather a part of the executive. Indeed, the Judge Advocate General serves as the agent of the executive in supervising prosecutions.

observer que, bien que ce soit le juge-avocat général qui nomme officiellement le juge-avocat, cette nomination est faite à la recommandation du juge-avocat en chef. Pour terminer, je souligne que les officiers qui occupent un poste au cabinet du juge-avocat général sont directement redevables au cabinet de l'exécution de leurs fonctions. Ils sont, en même temps, sous les ordres des commandants supérieurs de leur région. Toutefois, les commandants supérieurs ne doivent pas donner d'ordres susceptibles d'entraver sensiblement l'exécution des fonctions principales de l'officier. De surcroît, cet officier ne doit pas cumuler des fonctions judiciaires et non judiciaires; s'il a été consulté sur une question préliminaire au procès, il doit s'abstenir de prendre part au procès relativement à cette question (*Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes* 4-1).

Contrairement à ce qui se passe dans le cas des cours ordinaires, le juge-avocat désigné pour siéger à une cour martiale générale remplit une charge *ad hoc*. Cette nomination temporaire reflète la nature de la cour martiale générale qui est convoquée lorsque cela est nécessaire pour statuer sur une infraction au Code de discipline militaire. Dès que la cour martiale s'est acquittée de sa tâche, le juge-avocat et les membres reprennent leurs fonctions habituelles dans les Forces armées. Cela signifie, pour les membres de la cour martiale générale, le retour à leurs tâches normales d'officiers. Pour le juge-avocat, cela signifie le retour aux tâches juridiques au cabinet du juge-avocat général.

Je conclus que cette organisation ne garantit pas au juge-avocat l'inamovibilité suffisante pour satisfaire aux exigences de l'al. 11d) de la *Charte*. La *Loi sur la défense nationale* et ses règlements d'application ne protègent pas le juge-avocat contre l'ingérence discrétionnaire ou arbitraire de l'exécutif. Le juge-avocat général, qui était légalement habilité à nommer un juge-avocat à la cour martiale générale, n'est pas indépendant de l'exécutif, mais en fait plutôt partie. En effet, le juge-avocat général fait fonction de mandataire de l'exécutif dans la surveillance des poursuites.

Furthermore, under the regulations in force at the time of the appellant's trial, the judge advocate was appointed solely on a case by case basis. As a result, there was no objective guarantee that his or her career as military judge would not be affected by decisions tending in favour of an accused rather than the prosecution. A reasonable person might well have entertained an apprehension that a legal officer's occupation as a military judge would be affected by his or her performance in earlier cases. Nothing in what I have said here should be taken to impugn the integrity of the judge advocate who presided at the appellant's trial, nor to suggest that judge advocates in fact are influenced by career concerns in the discharge of their adjudicative duties. The point is, however, that a reasonable person could well have entertained the apprehension that the person chosen as judge advocate had been selected because he or she had satisfied the interests of the executive, or at least has not seriously disappointed the executive's expectations, in previous proceedings. Any system of military tribunals which does not banish such apprehensions will be defective in terms of s. 11(d). At the very least, therefore, the essential condition of security of tenure, in this context, requires security from interference by the executive for a fixed period of time. An officer's position as military judge should not, during a certain period of time, depend on the discretion of the executive.

It was stated in *Valente* that according a decision-maker tenure for a "specific adjudicative task" may be a sufficient guarantee of security of tenure. I do not believe that this statement is applicable in this context. Although a General Court Martial is convened on an *ad hoc* basis, it is not a "specific adjudicative task". The General Court Martial is a recurring affair. Military judges who act periodically as judge advocates must therefore have a tenure that is beyond the interference of the executive for a fixed period of time. Consequently, security of tenure during the period of a specific General Court Martial, achieved by the fact that no provision of the statute or regulations allows for the removal of a judge advocate during a trial

En outre, selon les règlements en vigueur lors du procès de l'appelant, le juge-avocat n'occupait qu'une charge *ad hoc*. Par conséquent, il n'y avait objectivement aucune garantie que sa carrière de juge militaire ne serait pas compromise s'il rendait des décisions favorables à l'accusé plutôt qu'à la poursuite. Une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la charge de juge militaire d'un avocat militaire ne dépendît de son rendement lors de procès antérieurs. Rien dans ce que j'ai dit en l'espèce ne devrait être interprété comme attaquant l'intégrité du juge-avocat qui a présidé le procès de l'appelant, ni comme laissant entendre que les juges-avocats sont, en réalité, influencés par des préoccupations de carrière dans l'exercice de leurs fonctions décisionnelles. Il reste, cependant, qu'une personne raisonnable aurait bien pu craindre que la personne nommée au poste de juge-avocat ait été choisie parce qu'elle avait satisfait aux intérêts de l'exécutif, ou du moins parce qu'elle n'avait pas sérieusement déçu les attentes de l'exécutif lors de procédures antérieures. Tout système de tribunaux militaires qui ne dissipe pas pareilles craintes est entaché d'un vice au regard de l'al. 11d). Par voie de conséquence, la condition essentielle de l'inamovibilité, dans ce contexte, exige à tout le moins la protection contre l'ingérence de l'exécutif pendant une période déterminée. La charge de juge militaire que remplit un officier ne doit pas, durant une certaine période, dépendre du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif.

g

Dans l'arrêt *Valente*, on a dit qu'attribuer l'inamovibilité à un décideur à l'égard d'une «charge *ad hoc*» peut être une garantie suffisante d'inamovibilité. Je ne crois pas que cet énoncé soit applicable dans le présent contexte. Certes, la cour martiale générale est convoquée spécialement pour une affaire, mais il ne s'agit pas d'une «charge *ad hoc*». La cour martiale générale est convoquée régulièrement. Les juges militaires qui, périodiquement, agissent comme juges-avocats doivent donc bénéficier d'une inamovibilité qui les mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif pendant une période déterminée. Par conséquent, l'inamovibilité pendant qu'une cour martiale générale instruit une affaire donnée, c'est-à-dire celle qui découle

(except if the judge advocate is unable to attend: art. 112.64(2) Q.R. & O.), is not adequate protection for the purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

I do not, however, consider that s. 11(d) requires that military judges be accorded tenure until retirement during good behaviour equivalent to that enjoyed by judges of the regular criminal courts. Officers who serve as military judges are members of the military establishment, and will probably not wish to be cut off from promotional opportunities within that career system. It would not therefore be reasonable to require a system in which military judges are appointed until the age of retirement. (See, in this regard, the judgment of the Court Martial Appeal Court in *R. v. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541, at p. 555.) The requirements of s. 11(d) are sensitive to the context in which an adjudicative task is performed. The *Charter* does not require, nor would it be appropriate to impose, uniform institutional standards on all tribunals subject to s. 11(d).

It may very well be true (and I am quite prepared to believe this) that, in practice, under the rules that were in effect at the time of the appellant's trial, the Judge Advocate General appointed a judge advocate for a General Court Martial only on the recommendation of the Chief Judge Advocate. The judge advocate would therefore be appointed on the basis of merit and not by the arbitrary decision of the executive, that is, the Judge Advocate General. I emphasize, however, that the independence of a tribunal is to be determined on the basis of the objective status of that tribunal. This objective status is revealed by an examination of the legislative provisions governing the tribunal's constitution and proceedings, irrespective of the actual good faith of the adjudicator. Practice or tradition, as mentioned by this Court in *Valente* (p. 702), is not sufficient to support a finding of independence where the status of the tribunal itself does not support such a finding.

du fait qu'aucune disposition de la Loi ou des règlements ne permet la révocation d'un juge-avocat au cours d'un procès (sauf si le juge-avocat est incapable d'assister aux audiences: par. 112.64(2) O.R.F.C.), n'est pas une garantie suffisante aux fins de l'al. 11d) de la *Charte*.

Cependant, je ne considère pas que l'al. 11d) exige que les juges militaires occupent leur charge à titre inamovible jusqu'à l'âge de la retraite comme c'est le cas pour les juges des cours criminelles ordinaires. Les officiers qui occupent la charge de juge militaire font partie des Forces armées et ne voudront probablement pas voir compromises leurs chances d'avancement dans le service. Il ne serait donc pas raisonnable d'exiger un système dans lequel les juges militaires seraient nommés jusqu'à l'âge de la retraite. (Voir, à cet égard, le jugement de la Cour d'appel de la cour martiale *R. c. Ingebrigtsen* (1990), 61 C.C.C. (3d) 541, à la p. 555.) Les exigences de l'al. 11d) tiennent compte du contexte dans lequel la charge décisionnelle est exercée. La *Charte* n'impose pas, pas plus qu'il ne serait approprié de le faire, des normes institutionnelles uniformes qui seraient applicables à tous les tribunaux assujettis à l'al. 11d).

Il se peut très bien (et je suis tout à fait disposé à le croire) qu'en pratique, selon les règles qui étaient en vigueur lors du procès de l'appelant, le juge-avocat général n'ait nommé un juge-avocat à une cour martiale générale qu'à la recommandation du juge-avocat en chef. La nomination du juge-avocat aurait donc bel et bien été faite au mérite et non par suite de la décision arbitraire de l'exécutif, c'est-à-dire du juge-avocat général. Je tiens cependant à souligner que l'indépendance d'un tribunal doit être déterminée en fonction de son statut objectif. Ce statut objectif ressort de l'examen des dispositions législatives régissant la constitution et les procédures du tribunal, indépendamment de la bonne foi réelle du décideur. La pratique ou la tradition, comme l'a mentionné notre Cour dans l'arrêt *Valente* (p. 702), est insuffisante pour justifier une conclusion à l'indépendance si le statut du tribunal lui-même ne justifie pas cette conclusion.

I would therefore conclude that, at the time the appellant was tried, the judge advocate at the General Court Martial did not enjoy sufficient security of tenure to satisfy s. 11(d) of the *Charter*.

However, I would note that recent amendments to the Q.R. & O., which came into force on January 22, 1991, subsequent to the trial in this case, appear to correct the primary deficiencies of the judge advocate's security of tenure. Under new art. 4.09 Q.R. & O., any officer who may act as judge advocate at a General Court Martial is first appointed to the position of a military trial judge for a period of two to four years. In addition, art. 111.22 Q.R. & O. now provides that the Chief Military Trial Judge, and not the Judge Advocate General, has formal authority to appoint a judge advocate at a General Court Martial. These are not before us and I refer to them solely for the purpose of completeness.

(ii) *Financial Security*

The promotions and pay rates of Canadian Armed Forces personnel are determined in accordance with regulations adopted under the *National Defence Act*. Regulations governing promotions are made by the Governor in Council (s. 28 of the Act). Regulations governing pay and allowances are made by the Treasury Board (s. 35 of the Act).

The president and other members of a General Court Martial are not compensated, above their usual salary as officers in the Armed Forces, for serving at the court martial. It therefore appears that the criteria of financial security, as described in *Valente*, cannot be applied easily to the General Court Martial. This condition is, nonetheless, relevant in these circumstances. The requirement of financial security will not be satisfied if the executive is in a position to reward or punish the conduct of the members and judge advocate at a General Court Martial by granting or withholding benefits in the form of promotions and salary increases or bonuses.

Je conclurais donc qu'à l'époque du procès de l'appellant, le juge-avocat de la cour martiale générale ne jouissait pas d'une inamovibilité suffisante pour satisfaire au critère de l'al. 11d) de la *Charte*.

Toutefois, je noterais que les modifications apportées récemment aux O.R.F.C., qui ont pris effet le 22 janvier 1991, soit après la fin du procès en l'espèce, semblent combler les principales lacunes de l'inamovibilité du juge-avocat. Selon le nouvel art. 4.09 O.R.F.C., l'officier habilité à occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale est d'abord nommé au poste de juge militaire pour une période de deux à quatre ans. En outre, l'art. 111.22 O.R.F.C. stipule désormais que le juge militaire en chef, et non le juge-avocat général, est investi du pouvoir de nommer le juge-avocat à la cour martiale générale. Ces points ne sont pas soulevés devant nous et je ne les mentionne que pour compléter mon analyse.

(ii) *La sécurité financière*

L'avancement et les taux des soldes dans les Forces armées canadiennes sont régis par les règlements pris en application de la *Loi sur la défense nationale*. Les règlements régissant l'avancement sont pris par le gouverneur en conseil (art. 28 de la Loi). Les règlements régissant le versement des soldes et allocations sont pris par le Conseil du Trésor (art. 35 de la Loi).

Le président et les autres membres de la cour martiale générale ne touchent pas de rémunération, autre que leur solde d'officiers des Forces armées, pour siéger à la cour martiale. Il semble donc que les critères de sécurité financière, énoncés dans l'arrêt *Valente*, ne peuvent pas s'appliquer facilement à la cour martiale générale. C'est néanmoins une condition pertinente dans ces circonstances. Il ne sera pas satisfait à l'exigence de la sécurité financière si l'exécutif est en mesure de récompenser ou de punir les membres ou le juge-avocat de la cour martiale générale pour la conduite qu'ils ont adoptée, en leur accordant des avantages sous la forme d'avancement, d'augmentations de salaire ou de gratifications, ou en les leur refusant, selon le cas.

There were no formal prohibitions, at the time that the appellant was tried by the General Court Martial, against evaluating an officer on the basis of his or her performance at a General Court Martial. An officer's performance evaluation could potentially reflect his superior's satisfaction or dissatisfaction with his conduct at a court martial. Consequently, by granting or denying a salary increase or bonus on the basis of a performance evaluation, the executive might effectively reward or punish an officer for his or her performance as a member of a General Court Martial. This interference with the independence of the members of a General Court Martial would be an infringement of s. 11(d) of the *Charter*. Once again, this is not to suggest that the executive in fact sought to influence the outcomes of court martial proceedings by the granting or withholding of salary increases, but rather, that a reasonable person might have entertained such an apprehension under the system as constituted at the time of the appellant's trial.

Similar considerations apply in the case of the judge advocate. The executive's evaluation of a legal officer's performance as judge advocate directly affects his or her salary. The remuneration plan for legal officers is described in Captain Blair's affidavit:

45. Military judges, like all other legal officers in the Canadian Forces, are paid pursuant to regulations made by the Treasury Board and contained in Article 204.218 of Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces. . . . That pay plan contemplates the establishment by Treasury Board of ranges of pay for legal officers in certain ranks, and for the movement of individual officers within those ranges, in accordance with both their time in rank, and their merit as assessed by a merit board. The pay of legal officers is reviewed annually, or sometimes less often, with the pay ranges and annual increase based on time in rank being set exclusively by the Treasury Board, without reference to any individual's performance.

A military legal officer's salary is thus determined in part, within the range established by the Treasury Board, according to a performance evalu-

Au moment où l'appellant a été jugé par la cour martiale générale, il n'était pas interdit formellement d'évaluer un officier en fonction de son rendement en cour martiale générale. L'évaluation de son rendement pourrait traduire la satisfaction ou le mécontentement de son supérieur à l'égard de sa conduite en cour martiale. Par conséquent, en lui accordant ou en lui refusant une augmentation de salaire ou une gratification sur la base d'une évaluation de rendement, l'exécutif pourrait effectivement récompenser ou punir un officier pour son rendement à titre de membre d'une cour martiale générale. Cette atteinte à l'indépendance des membres d'une cour martiale générale serait contraire à l'al. 11d) de la *Charte*. Encore une fois, cela revient non pas à dire que l'exécutif a, en réalité, voulu influencer l'issue des procédures en cour martiale en accordant ou en refusant des augmentations de salaire, mais plutôt qu'une personne raisonnable aurait pu craindre que ce soit le cas selon le système qui existait au moment du procès de l'appellant.

Des considérations semblables s'appliquent au cas du juge-avocat. L'évaluation par l'exécutif du rendement d'un avocat militaire en tant que juge-avocat influe directement sur sa rémunération. Le capitaine Blair expose, dans son affidavit, le régime de rémunération des avocats militaires:

[TRADUCTION] 45. Les juges militaires, comme tous les autres avocats militaires des Forces canadiennes, sont rémunérés conformément aux règlements pris par le Conseil du Trésor et énoncés à l'article 204.218 des Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes. [...] Ce régime de rémunération prévoit l'établissement par le Conseil du Trésor d'échelles de traitement pour les avocats militaires d'un certain grade, et le changement d'échelon des avocats, selon à la fois l'ancienneté dans le grade et le mérite évalué par le comité compétent. La rémunération des avocats militaires est révisée chaque année, ou parfois à des intervalles plus longs, et il appartient exclusivement au Conseil du Trésor de fixer, sans tenir compte du rendement d'un individu, les échelles de traitement et l'augmentation annuelle en fonction de l'ancienneté dans le grade.

Le salaire d'un avocat militaire est donc déterminé en partie, selon les échelles établies par le Conseil du Trésor, grâce à une évaluation de ren-

ation. The executive's opinion of an officer's performance as a military judge may therefore be a factor in the final determination of his or her salary. Again, this possibility of executive interference is inconsistent with s. 11(d).

I note that the recent amendments to the Q.R. & O. now prohibit an officer's performance as a member of a General Court Martial or as a military trial judge from being used to determine his qualification for a promotion or rate of pay (arts. 26.10 and 26.11 Q.R. & O.) In my view, this is sufficient to correct this aspect of the deficiencies of the system under which the appellant was tried.

I therefore conclude that the judge advocate and members of the General Court Martial did not enjoy sufficient financial security, for the purposes of s. 11(d), at the time of the appellant's trial. The executive clearly had the ability to interfere with the salaries and promotional opportunities of officers serving as judge advocates and members at a court martial. Although the practice of the executive may very well have been to respect the independence of the participants at the court martial in this respect, this was not sufficient to correct the weaknesses in the tribunal's status. A reasonable person would perceive that financial security, an essential condition of judicial independence, was not present in this case.

(iii) *Institutional Independence*

Many of the aspects of the General Court Martial that Décary J., dissenting in the Court Martial Appeal Court, found troubling relate to the tribunal's institutional independence. After a careful review of the relevant legislative provisions, Décary J. observed (at p. 372):

This review of the manner of proceeding in a General Court Martial indicates that the system created by the Act and by the Q.R.O.C.F. clearly establishes close links of institutional dependence between the Minister of National Defence, the commanding officer who signs the charge sheet, orders custody, receives the investiga-

dement. L'opinion de l'exécutif sur le rendement d'un avocat occupant la charge de juge militaire peut donc influencer, en fin de compte, sur sa rémunération. Encore une fois, cette possibilité d'ingérence de la part de l'exécutif est incompatible avec l'al. 11d).

Je remarque que les modifications apportées récemment aux O.R.F.C. interdisent désormais que le rendement d'un officier, à titre de membre d'une cour martiale générale ou de juge militaire, serve à établir s'il a les qualités requises pour être promu ou à déterminer son taux de solde (art. 26.10 et 26.11 O.R.F.C.). À mon avis, cela suffit à corriger ce défaut du système dans le cadre duquel l'appellant a été jugé.

Je conclus donc que le juge-avocat et les membres de la cour martiale générale ne jouissaient pas, à l'époque du procès de l'appellant, d'une sécurité financière suffisante pour les fins de l'al. 11d). L'exécutif avait nettement le pouvoir d'influer sur les salaires et les chances d'avancement des officiers faisant fonction de juges-avocats et de membres d'une cour martiale. Même s'il se pouvait fort bien que l'exécutif ait coutume de respecter l'indépendance des participants à la cour martiale sous ce rapport, cela n'était pas suffisant pour corriger les faiblesses du statut du tribunal. Une personne raisonnable se rendrait compte de l'absence, en l'espèce, de la sécurité financière qui constitue une condition essentielle de l'indépendance judiciaire.

(iii) *L'indépendance institutionnelle*

Bon nombre des aspects de la cour martiale générale que le juge Décary, dissident en Cour d'appel de la cour martiale, a jugés inquiétants se rapportent à l'indépendance institutionnelle du tribunal. Après avoir étudié attentivement les dispositions législatives pertinentes, le juge Décary fait observer (à la p. 372):

Cet exposé du déroulement d'une instance en Cour martiale générale révèle que le système mis sur pied par la Loi et par les O.R.F.C. crée de façon manifeste et objective des liens étroits de dépendance institutionnelle entre le Ministre de la défense nationale, le commandant qui signe l'acte d'accusation, ordonne la détention,

tion report and decides to proceed with the charge, the military authority who convenes the court, appoints its members and decides on its dates of hearing, the officers who make up the court and for all practical purposes sit as a jury, the officer who prosecutes and of course the accused. I note that the Act and the Orders do not expressly require that the judge advocate also be a member of the Canadian Forces, although in the case at bar the record indicates that he was. I nevertheless take account of this officer on the tribunal, whether or not he was an officer of the Canadian Forces, in the conclusion I have arrived at of an objective institutional dependence, since under the Act and the Orders his function and duties lead him to maintain close ties with the Canadian Forces.

I agree with the essence of Décary J.'s observations. An examination of the legislation governing the General Court Martial reveals that military officers, who are responsible to their superiors in the Department of Defence, are intimately involved in the proceedings of the tribunal. This close involvement is, in my opinion, inconsistent with s. 11(d) of the Charter. It undermines the notion of institutional independence that was articulated by this Court in *Valente*. The idea of a separate system of military tribunals obviously requires substantial relations between the military hierarchy and the military judicial system. The principle of institutional independence, however, requires that the General Court Martial be free from external interference with respect to matters that relate directly to the tribunal's judicial function. It is important that military tribunals be as free as possible from the interference of the members of the military hierarchy, that is, the persons who are responsible for maintaining the discipline, efficiency and morale of the Armed Forces.

In my opinion, certain characteristics of the General Court Martial system would be very likely to cast into doubt the institutional independence of the tribunal in the mind of a reasonable and informed person. First, the authority that convenes the court martial (the "convening authority") may be the Minister, the Chief of the Defence Staff, an officer commanding a command, upon receipt of an application from a commanding officer, or

reçoit le rapport d'enquête et décide de donner suite à l'accusation, l'autorité militaire qui convoque la Cour, en nomme les membres et décide de ses dates d'audience, les officiers qui composent la Cour et siègent à toutes fins utiles comme un jury, l'officier qui est procureur à charge et, bien sûr, l'accusé. Je note que la Loi et les Ordonnances n'exigent pas expressément que le juge-avocat soit, lui aussi, membre des Forces canadiennes, encore qu'en l'espèce le dossier indique qu'il l'était. Je n'en tiens pas moins compte de cet officier du tribunal, qu'il soit ou non officier des Forces canadiennes, dans la conclusion à laquelle j'en arrive de dépendance institutionnelle objective, puisque son rôle et ses fonctions l'amènent, de par la Loi et les Ordonnances, à entretenir des liens étroits avec les Forces canadiennes.

Je souscris, pour l'essentiel, aux observations du juge Décary. L'examen des lois régissant la cour martiale générale révèle que les officiers militaires, qui sont comptables à leurs supérieurs au ministère de la Défense, participent étroitement aux procédures du tribunal. Cette participation étroite est, à mon sens, incompatible avec l'al. 11d) de la Charte. Elle a pour effet de miner la notion d'indépendance institutionnelle que notre Cour a définie dans l'arrêt *Valente*. L'idée d'un système distinct de tribunaux militaires commande manifestement l'existence de liens importants entre la hiérarchie militaire et le système de justice militaire. Le principe de l'indépendance institutionnelle exige toutefois que la cour martiale générale soit à l'abri de toute ingérence extérieure relativement aux questions qui concernent directement la fonction judiciaire du tribunal. Il importe que les tribunaux militaires soient le plus possible à l'abri de l'ingérence des membres de la hiérarchie militaire, c'est-à-dire des personnes qui sont chargées du maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des Forces armées.

À mon avis, certaines caractéristiques du système des cours martiales générales seraient fort probablement susceptibles de compromettre l'indépendance institutionnelle du tribunal dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien informée. Premièrement, l'autorité qui convoque la cour martiale (l'«autorité convocatrice») peut être le Ministre, le chef de l'état-major de la défense, un officier commandant un commandement, à la

another service authority appointed by the Minister (art. 111.05 Q.R. & O.). The convening authority, an integral part of the military hierarchy and therefore of the executive, decides when a General Court Martial shall take place. The convening authority appoints the president and other members of the General Court Martial and decides how many members there shall be in a particular case. The convening authority, or an officer designated by the convening authority, also appoints, with the concurrence of the Judge Advocate General, the prosecutor (art. 111.23 Q.R. & O.). This fact further undermines the institutional independence of the General Court Martial. It is not acceptable, in my opinion, that the convening authority, i.e., the executive, who is responsible for appointing the prosecutor, also have the authority to appoint members of the court martial, who serve as the triers of fact. At a minimum, I consider that where the same representative of the executive, the "convening authority", appoints both the prosecutor and the triers of fact, the requirements of s. 11(d) will not be met.

Secondly, the appointment of the judge advocate by the Judge Advocate General (art. 111.22 Q.R. & O.), undermines the institutional independence of the General Court Martial. The close ties between the Judge Advocate General, who is appointed by the Governor in Council, and the executive, are obvious. To comply with s. 11(d) of the *Charter*, the appointment of a military judge to sit as judge advocate at a particular General Court Martial should be in the hands of an independent and impartial judicial officer. The effective appointment of the judge advocate by the executive could, in objective terms, raise a reasonable apprehension as to the independence and impartiality of the tribunal. However, as I have concluded above, I consider that the new arts. 4.09 and 111.22 of the amended Q.R. & O. have largely remedied this defect to the extent required in the context of military tribunals.

I conclude, therefore, that the constitution and structure of the General Court Martial at the time of the appellant's trial did not meet the minimum

réception d'une demande d'un commandant, ou les autres autorités militaires que peut désigner le Ministre (art. 111.05 O.R.F.C.). L'autorité convocatrice, qui fait partie intégrante de la hiérarchie militaire et donc de l'exécutif, décide s'il y a lieu de convoquer une cour martiale générale. Elle nomme le président et les autres membres de la cour martiale générale et décide du nombre de membres qui la composeront dans une affaire donnée. L'autorité convocatrice, ou l'officier désigné par celle-ci, nomme aussi, avec l'assentiment du juge-avocat général, le procureur à charge (art. 111.23 O.R.F.C.). Voilà encore un fait qui mine l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Il est inacceptable, selon moi, que l'autorité convocatrice, c'est-à-dire l'exécutif, qui est responsable de la nomination du procureur à charge, soit en outre investie du pouvoir de nommer les membres de la cour martiale qui remplissent la fonction de juge des faits. J'estime qu'à tout le moins, lorsque c'est ce même représentant de l'exécutif, l'«autorité convocatrice», qui nomme à la fois le procureur à charge et les juges des faits, les conditions de l'al. 11d) ne sont pas remplies.

Deuxièmement, la nomination du juge-avocat par le juge-avocat général (art. 111.22 O.R.F.C.) sape l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Les rapports étroits entre le juge-avocat général, qui est nommé par le gouverneur en conseil, et l'exécutif, sont évidents. Pour être conforme à l'al. 11d) de la *Charte*, la nomination d'un juge militaire pour occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial. La nomination effective du juge-avocat par l'exécutif pourrait, objectivement, faire naître une crainte raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal. Toutefois, comme je l'ai conclu plus haut, je considère que les nouveaux art. 4.09 et 111.22 des O.R.F.C. ont remédié en grande partie à cette lacune dans la mesure où c'était nécessaire dans le contexte des tribunaux militaires.

Je conclus donc que la constitution et l'organisation de la cour martiale générale à l'époque du procès de l'appellant ne satisfaisaient pas aux exi-

requirements of s. 11(d) of the *Charter*. Unless this infringement of s. 11(d) can be justified under s. 1 the appeal must be allowed. However, before proceeding to s. 1, it will be convenient to deal with certain other submissions made by the appellant, which, while not strictly necessary to the outcome of this appeal, I feel should be dealt with in the interests of clarity.

5. Section 7 of the Charter

The appellant places reliance upon both s. 11(d) and s. 7 of the *Charter*. However, the s. 7 submission can be dealt with very briefly. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court decided that ss. 8 to 14 of the *Charter*, the “legal rights”, are specific instances of the basic tenets of fairness upon which our legal system is based, and which are now entrenched as a constitutional minimum standard by s. 7. Consequently, in the context of the appellant’s challenge to the independence of the General Court Martial before which he was tried, s. 7 does not offer greater protection than the highly specific guarantee under s. 11(d). I do not wish to be understood to suggest by this that the rights guaranteed by ss. 8 to 14 of the *Charter* are exhaustive of the content of s. 7, or that there will not be circumstances where s. 7 provides a more compendious protection than these sections combined. However, in this case, the appellant has complained of a specific infringement which falls squarely within s. 11(d), and consequently his argument is not strengthened by pleading the more open language of s. 7.

6. Section 15 of the Charter

The appellant sought as well to rely on s. 15 of the *Charter*. I think that this submission equally can be dealt with briefly. In my opinion, the appellant, in the context of this appeal, cannot claim to be a member of a “discrete and insular minority” so as to bring himself within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*. For the purposes of this appeal, the appellant cannot be said to belong to a

gences minimales de l’al. 11d) de la *Charte*. À moins que cette atteinte à l’al. 11d) puisse être justifiée en vertu de l’article premier, il y a lieu d’accueillir ce pourvoi. Toutefois, avant de passer à l’article premier, et pour jeter le plus de lumière possible sur ces questions, il convient, à mon sens, d’examiner d’autres arguments avancés par l’appellant, encore qu’ils ne soient pas, à proprement parler, indispensables à la détermination de l’issue du présent pourvoi.

5. L’article 7 de la Charte

L’appelant invoque l’al. 11d) et l’art. 7 de la *Charte*. Toutefois, quelques mots sur l’argument relatif à l’art. 7 suffiront. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a décidé que les art. 8 à 14 de la *Charte*, qui énoncent les «garanties juridiques», représentent des exemples précis d’application des principes fondamentaux d’équité sur lesquels se fonde notre système juridique, que l’art. 7 a érigés en norme constitutionnelle minimale. Par conséquent, dans le contexte où l’appelant met en doute l’indépendance de la cour martiale générale qui l’a jugé, l’art. 7 n’offre pas plus de protection que la garantie très précise de l’al. 11d). Je ne veux pas que l’on pense que j’affirme, par là, que les droits garantis par les art. 8 à 14 de la *Charte* sont les seuls garantis par l’art. 7, ou qu’il n’existe aucun cas où l’art. 7 accordera une protection plus large que ces articles combinés. En l’espèce, toutefois, l’appelant s’est plaint d’une atteinte précise qui relève directement de l’al. 11d); par conséquent, sa thèse n’est pas renforcée par son argument qui repose sur la formulation plus générale de l’art. 7.

6. L’article 15 de la Charte

L’appelant a, en outre, cherché à invoquer l’art. 15 de la *Charte*. Je pense qu’il est également possible de répondre brièvement à cet argument. À mon avis, l’appelant ne peut pas dire, dans le contexte du présent pourvoi, qu’il fait partie d’une «minorité discrète et isolée» de manière à être visé par le par. 15(1) de la *Charte*: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité. Aux fins du présent pourvoi, l’on ne saurait affirmer que l’ap-

category of person enumerated in s. 15(1), or one analogous thereto.

I emphasize, however, that my conclusion here is confined to the context of this appeal. I do not wish to suggest that military personnel can never be the objects of disadvantage or discrimination in a manner that could bring them within the meaning of s. 15 of the *Charter*. Certainly it is the case, for instance, that after a period of massive demobilization at the end of hostilities, returning military personnel may well suffer from disadvantages and discrimination peculiar to their status, and I do not preclude that members of the Armed Forces might constitute a class of persons analogous to those enumerated in s. 15(1) under those circumstances. However, no circumstances of this sort arise in the context of this appeal, and the appellant gains nothing by pleading s. 15 of the *Charter*.

7. Evidence Discovered on the Search and Section 24(2) of the Charter

The police officer who conducted the search of the appellant's home testified at trial that he had attended on the Crown Attorney and explained to her the factual details from his investigation on which he was relying to establish "reasonable and probable grounds" for the issuance of the search warrant. The Crown Attorney's Office then prepared what at that time was the standard request for a search warrant by typing the words [TRANSLATION] "Information from a trustworthy person following investigation" on an information to be sworn before a justice of the peace. The officer then took this form before a justice of the peace, who merely confirmed that the officer had consulted the Crown Attorney and then had him swear out the information.

The appellant contended at trial, and the Crown concedes, that this procedure, by which the alleged "reasonable grounds" were revealed only to the Crown Attorney and not to the justice of the peace, was unacceptable, and constituted an infringement of the appellant's right against unreasonable search

pelant appartient à une catégorie de personnes visée par le par. 15(1), ou à une catégorie analogue.

Je tiens cependant à souligner que ma conclusion en l'espèce ne vaut que pour le contexte du présent pourvoi. Je ne veux pas dire que les militaires ne peuvent jamais être désavantagés ou victimes de traitement discriminatoire de manière à tomber sous la portée de l'art. 15 de la *Charte*. Il est certain, par exemple, qu'après une démobilisation générale à la cessation d'hostilités, les militaires qui reviennent de la guerre peuvent bien être victimes de désavantages et de traitements discriminatoires propres à leur statut, et je n'exclus pas qu'en pareil cas des membres des Forces armées puissent former une catégorie de personnes analogue à celles énumérées au par. 15(1). Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce et l'appellant n'a rien à gagner en invoquant l'art. 15 de la *Charte*.

7. Les éléments de preuve découverts lors de la perquisition et le par. 24(2) de la Charte

Le policier qui a fait la perquisition au domicile de l'appellant a témoigné au procès qu'il avait rencontré le substitut du procureur général et qu'il lui avait expliqué en détail les faits révélés par son enquête et sur lesquels il s'appuyait pour établir les «motifs raisonnables et probables» de délivrer le mandat de perquisition. Une employée du bureau du substitut du procureur général avait alors rempli ce qui était, à l'époque, le formulaire d'usage pour une demande de mandat de perquisition en tapant les mots «Informations d'une personne digne de foi et suite d'une enquête» sur une dénonciation qui devait être faite sous serment devant un juge de paix. Le policier a ensuite apporté ce formulaire à un juge de paix qui a simplement confirmé que le policier avait consulté le substitut du procureur général et qui lui a alors fait prêter serment au sujet de la dénonciation.

L'appellant a soutenu au procès, et le ministère public le reconnaît, que cette façon de procéder suivant laquelle les «motifs raisonnables» allégués n'ont été révélés qu'au substitut du procureur général et non au juge de paix, était inacceptable et constituait une atteinte au droit de l'appellant à la

and seizure under s. 8 of the *Charter*. I agree that this procedure for obtaining search warrants, while standard in Quebec at that time, was unacceptable in terms of the *Charter*. The question is, therefore, whether the evidence of illegal drugs discovered in the appellant's home during the search ought to have been excluded under s. 24(2).

On the reasoning of this Court in *R. v. Collins*, and in particular in *R. v. Strachan, supra*, I agree with the courts below that this evidence was properly admitted at trial. The evidence in question is real evidence, which pre-existed the violation of s. 8, as opposed to evidence emanating from the accused, which was generated by the violation. There can be no question that the evidence was essential to substantiate a very serious criminal charge. Moreover, while the procedure followed by the police was unacceptable, there was a good faith attempt to comply with a procedure which was evidently believed to be correct.

For these reasons, in my opinion, the exclusion, rather than the admission, of the impugned evidence would have brought the administration of justice into disrepute. Consequently, this ground of appeal fails.

8. *Section 1 of the Charter*

The appellant's alternative grounds of appeal having been dealt with, we are left with the s. 11(d) violation flowing from the institutional setting in which he was tried. Unless this infringement can be justified under s. 1 of the *Charter*, this appeal must be allowed.

It is now settled that on an inquiry under s. 1 the appropriate starting point is the analysis of Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. As I have already indicated in these reasons, the goal of maintaining order and discipline within the special regime constituted by the Armed Forces of this country is an important one. Indeed, the existence

protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Je conviens que cette manière de procéder pour obtenir un mandat de perquisition, bien qu'elle ait été utilisée couramment au Québec à cette époque, était inacceptable du point de vue de la *Charte*. Il s'agit donc de décider si la preuve composée des drogues illicites trouvées au domicile de l'appelant au cours de la perquisition aurait dû être écartée en application du par. 24(2).

Vu le raisonnement suivi par notre Cour dans les arrêts *R. c. Collins* et, en particulier, *R. c. Strachan*, précités, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire que cette preuve a été admise à bon droit au procès. Il s'agit d'une preuve matérielle, préexistante à la violation de l'art. 8, par opposition à la preuve émanant de l'accusé, qui a été engendrée par la violation même. Il n'y a pas de doute que la preuve était essentielle à l'établissement d'une accusation criminelle très grave. Au surplus, même si la manière de procéder de la police était inacceptable, on a néanmoins tenté de bonne foi de suivre ce que l'on a manifestement tenu pour la bonne procédure.

Pour ces motifs, je suis d'avis que c'est l'exclusion, plutôt que l'admission, de la preuve contestée qui aurait déconsidéré l'administration de la justice. En conséquence, ce moyen d'appel doit être rejeté.

8. *L'article premier de la Charte*

Les autres moyens d'appel de l'appelant ayant été tranchés, il ne reste que la violation de l'al. 11(d) qui découle du contexte institutionnel dans lequel son procès a eu lieu. À moins que cette atteinte puisse être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, le présent pourvoi doit être accueilli.

Il est maintenant établi qu'il convient que l'examen fondé sur l'article premier ait pour point de départ l'analyse faite par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Comme je l'ai déjà indiqué dans les présents motifs, le maintien de l'ordre et de la discipline au sein du régime particulier que représentent les For-

of a separate system of military tribunals with jurisdiction over matters governed by military law is contemplated in the wording of s. 11(f) of the *Charter*. In my view, the necessity of maintaining a high level of discipline in the special conditions of military life is a sufficiently substantial societal concern to satisfy the first arm of the proportionality test in *Oakes*.

However, I am equally convinced that the scheme of the General Court Martial as it existed at the time of the appellant's trial cannot pass the second stage of the test. I am prepared to admit that there may well exist a rational connection between the challenged structure of the General Court Martial and the goal of the maintenance of military discipline in the Armed Forces. However, it is not necessary for me to address this issue in any detail, because I am of the opinion that a trial before a tribunal which does not meet the requirements of s. 11(d) of the *Charter* will only pass the second arm of the proportionality test in *Oakes* in the most extraordinary of circumstances. A period of war or insurrection might constitute such circumstances. However, during periods of normality, the scheme of the General Court Martial, as it was at the time of the appellant's trial, went far beyond what was necessary to accomplish the goals for which it was established. Indeed, the amendments to the Q.R. & O. of January, 1991, which I have indicated constituted significant improvements over the regime under which the appellant was tried, attest to this fact.

It is not necessary, under normal circumstances, to try alleged military offenders before a tribunal in which the judge, the prosecutor, and the triers of fact, are all chosen by the executive to serve at that particular trial. Nor can it be said to be necessary that promotional opportunities, and hence the financial prospects within the military establishment, for officers serving on such tribunals should be capable of being affected by senior officers' assessments of their performance in the course of

ces armées canadiennes est un objectif important. En fait, l'existence d'un système distinct de tribunaux militaires, qui soient compétents pour statuer sur les affaires régies par le droit militaire, est envisagée dans le texte de l'al. 11f) de la *Charte*. À mon avis, la nécessité de maintenir un niveau élevé de discipline dans les conditions particulières de la vie militaire est une préoccupation sociale suffisamment importante pour satisfaire au premier volet du critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Toutefois, je suis également convaincu que le régime des cours martiales générales qui existait à l'époque du procès de l'appellant ne saurait satisfaire au deuxième volet du critère. Je suis disposé à reconnaître qu'il peut bien exister un lien rationnel entre l'organisation contestée de la cour martiale générale et l'objectif de maintenir la discipline dans les Forces armées. Il n'est cependant pas nécessaire que j'examine cette question en détail, parce que je suis d'avis qu'un procès devant un tribunal qui ne respecte pas les exigences de l'al. 11d) de la *Charte* ne satisfera au deuxième volet du critère de l'arrêt *Oakes* que dans les circonstances les plus exceptionnelles. Ce pourrait être le cas en temps de guerre ou d'insurrection, par exemple. En temps normal, cependant, le régime des cours martiales générales, qui existait au moment du procès de l'appellant, allait bien au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre les objectifs pour lesquels il avait été mis sur pied. En réalité, cela ressort des modifications apportées aux O.R.F.C. en janvier 1991, qui constituent, comme je l'ai indiqué, une amélioration importante par rapport au régime sous lequel l'appellant a été jugé.

En temps normal, il n'est pas nécessaire que les militaires inculpés soient jugés par un tribunal dont le juge, le procureur à charge et les juges des faits soient tous choisis par l'exécutif spécialement pour ce procès. L'on ne peut pas dire non plus qu'il soit nécessaire que les chances d'avancement et, par conséquent, les perspectives financières, dans les Forces armées, des officiers qui siègent à ces tribunaux soient susceptibles d'être liées à l'évaluation par leurs supérieurs de leur rendement au cours du

the trial. I note again that the amendments to the Q.R. & O. which came into affect after the appellant's trial have alleviated this latter problem. However, this appeal falls to be decided on the constitutionality of the structure of the General Court Martial in place at the time of trial.

In short, the structure of the General Court Martial with which we are here concerned incorporated features which, in the eyes of a reasonable person, could call the independence and impartiality of the tribunal into question, and are not necessary to attain either military discipline or military justice. This structure, therefore cannot be said to have impaired the appellant's s. 11(d) rights "as little as possible". The proportionality test prescribed in *Oakes* is thus not satisfied.

It follows that the General Court Martial before which the appellant was tried infringed the appellant's s. 11(d) right to a trial before an independent and impartial tribunal in a manner that cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The appeal must therefore be allowed.

Disposition

In conclusion, I would allow the appeal from the judgment of the Court Martial Appeal Court and direct that a new trial take place.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 166 to 170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders, inasmuch as they allow an accused to be tried by General Court Martial, restrict the accused's right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

procès. Je souligne, encore une fois, que les modifications apportées aux O.R.F.C., qui sont entrées en vigueur après le procès de l'appelant, ont résolu en partie ce dernier problème. Toutefois, la décision dans le présent pourvoi doit porter sur la constitutionnalité de l'organisation de la cour martiale générale à l'époque du procès.

Bref, l'organisation de la cour martiale générale qui fait l'objet de notre examen présentait des caractéristiques qui, aux yeux d'une personne raisonnable, pouvaient mettre en doute l'indépendance et l'impartialité du tribunal et qui ne sont pas nécessaires pour assurer soit la discipline militaire, soit la justice militaire. Il n'est donc pas possible d'affirmer que cette organisation était de nature à porter «le moins possible» atteinte aux droits de l'appelant garantis par l'al. 11d). En conséquence, l'on n'a pas satisfait au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Il s'ensuit que la cour martiale générale devant laquelle l'appelant a été jugé a porté atteinte, d'une manière qui ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, au droit, que l'al. 11d) garantit à l'appelant, d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. Le pourvoi doit donc être accueilli.

Dispositif

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les articles 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et les Ordonnances et Règlements royaux, en ce qu'ils permettent le procès d'un accusé par une cour martiale générale, restreignent-ils le droit de l'accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'art. 7 et par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. If the answer to question 1 is yes, are they reasonable limits in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore are not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No.

3. Does s. 130 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, restrict the right to equality protected by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it confers jurisdiction over a person subject to the *National Defence Act* for offences pursuant to the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, as amended, thereby depriving the accused of the procedure normally applicable to such offences?

Answer: No.

4. If the answer to question 3 is yes, is it a reasonable limit in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

This question does not arise.

The reasons of La Forest, McLachlin and Stevenson JJ. were delivered by

STEVENSON J.—I have read the judgments of Lamer C.J. and while I agree with his conclusion, I do not share his reasoning.

I start with the acceptance of two propositions: The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* contemplates the existence of a system of military tribunals and that courts martial, as such military tribunals, are staffed by officers of the Armed Forces in exercising the judicial functions entrusted to those tribunals.

I do not understand the Chief Justice's decision as disagreeing with these propositions, the latter of which is, I think, supported by the majority decision in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370. I refer particularly to p. 403 where McIntyre J. said:

2. Si la réponse à la première question est affirmative, sont-ils des limites raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Non.

3. Est-ce que l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, restreint le droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il confère une juridiction sur une personne assujettie à la *Loi sur la défense nationale* au sujet d'infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 et modifications, privant ainsi l'accusé de la procédure normalement applicable pour de telles infractions?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Cette question ne se pose pas.

Version française des motifs des juges La Forest, McLachlin et Stevenson rendus par

LE JUGE STEVENSON—J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer et, tout en souscrivant à sa conclusion, je ne partage pas son raisonnement.

Je prends pour prémisses deux propositions: la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit l'existence d'un système de tribunaux militaires et les cours martiales, à titre de tribunaux militaires, ont recours à des officiers des Forces armées pour exercer les fonctions judiciaires qui leurs sont confiées.

Je n'interprète pas la décision du Juge en chef comme ne souscrivant pas à ces propositions dont la dernière est, à mon avis, appuyée par les motifs de la majorité dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370. Je mentionne particulièrement la p. 403 où le juge McIntyre dit:

... I am unable to conclude that a trial by court martial under the provisions of the *National Defence Act* of criminal offences, which are also offences at civil law, deprives the defendant of a fair hearing by an independent tribunal. From the earliest times, officers of the armed forces in this and, I suggest, all civilized countries have had this judicial function.

The court martial is not dissimilar from the disciplinary body of a self-governing profession which is often, ultimately, the executive board of the profession.

The appellant's argument would have us institutionalize the General Court Martial. In my view, we must examine that institution in the light of the fact that it is appointed for a single adjudicative task. We must also examine its two components: the military judge, or judge advocate, and the members of the tribunal. We must then ask whether this tribunal has the degree of institutional independence which the *Charter* mandates having regard to the considerations set down in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

I agree that s. 11(d) imports a flexible standard which must take into account the nature of the tribunal under consideration.

Tenure

The requirement of flexibility led Le Dain J. to say that there could be security of tenure for a "specific adjudicative task". The Chief Justice concludes that because the General Court Martial is a recurring affair, military judges act periodically as judge advocates and must have a tenure beyond the interference of the executive. I admit the apparent attractiveness of this view. It is based on the assumption that a military judge would wish to please his superiors in order to continue that career. At the same time the Chief Justice accepts that military judges need not be accorded tenure until retirement because they may not wish to be

... je ne peux conclure qu'un procès en cour martiale conformément à la *Loi sur la défense nationale*, pour des infractions criminelles qui constituent également des infractions de droit commun, prive l'accusé d'une audition équitable par un tribunal indépendant. Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et, selon moi, dans tous les pays civilisés.

La cour martiale n'est pas différente du comité de discipline d'une profession libérale, qui souvent, en fin de compte, est le conseil de direction de la profession.

Selon l'argument de l'appelant, nous devrions institutionnaliser la cour martiale générale. À mon avis, nous devons examiner cette institution en tenant compte du fait qu'elle a été constituée pour s'acquitter d'une charge *ad hoc*. Nous devons également examiner ses deux composantes: le juge militaire ou juge-avocat et les membres du tribunal. Nous devons ensuite nous demander si ce tribunal possède le degré d'indépendance institutionnelle que la *Charte* exige compte tenu des critères établis dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

Je suis d'accord pour dire que l'al. 11d) suppose une norme souple qui doit tenir compte de la nature du tribunal visé.

Durée des fonctions

L'exigence de souplesse a amené le juge Le Dain à dire qu'il pourrait y avoir inamovibilité à l'égard d'une «charge *ad hoc*». Le Juge en chef conclut que parce que la cour martiale générale est convoquée régulièrement, les juges militaires agissent périodiquement comme juge-avocat et doivent bénéficier d'une inamovibilité qui les mette à l'abri de toute ingérence de l'exécutif. J'admets que cette opinion paraît attrayante. Elle est fondée sur l'hypothèse qu'un juge militaire voudrait plaire à ses supérieurs pour poursuivre cette carrière. En même temps, le Juge en chef reconnaît qu'il n'est pas nécessaire que les juges militaires jouissent de l'inamovibilité jusqu'à l'âge de la retraite parce qu'ils ne voudraient probablement pas voir com-

cut off from promotional opportunities within the career military.

The difficulty I see is that as tenured terms draw to a close the military judges may wish to secure a re-appointment or to advance their careers in some other respect. It would thus be in the interest of these judges to please the “executive”. In my opinion, the only way that the ideal could be achieved is by tenured appointments roughly equivalent to those given to the professional judiciary. But, for the reasons given by the Chief Justice, I do not think this aspect of a military judgeship should be so institutionalized.

The Executive

The difficulty in applying the concepts in *Valente* to assess military tribunals is, I think, largely attributable to the difficulty in defining the concept of “the executive” from which there must be independence.

The core value with which we are concerned is summarized by Dickson C.J. in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, as “[t]he ability of individual judges to make decisions in discrete cases free from external interference or influence . . .” (p. 69). Executive or legislative interference or the reasonable apprehension of such interference must be guarded against.

Carried to its logical conclusion, this concern would mandate a completely independent military tribunal. However attractive that argument might be, it was not made, and on the authority of the majority in *MacKay*, would be difficult to sustain.

Independence from the Executive

The legitimate concern of the appellant is, to use the Chief Justice’s words, “. . . that the General Court Martial be free from external interference with respect to matters that relate directly to the tribunal’s judicial function” (p. 308). The entire

promises leurs chances d’avancement dans le service militaire.

Le problème qui se pose d’après moi c’est que lorsque la période d’inamovibilité tire à sa fin, les juges militaires peuvent vouloir s’assurer d’une nouvelle nomination ou de toute autre forme d’avancement. Il serait donc dans l’intérêt de ces juges de plaire à l’«exécutif». À mon avis, l’idéal serait de procéder à des nominations à titre inamovible à peu près équivalentes à celles accordées aux juges de profession. Mais, pour les motifs exposés par le Juge en chef, je ne crois pas que cet aspect de la magistrature militaire devrait être ainsi institutionnalisé.

L’exécutif

La difficulté que pose l’application des concepts de l’arrêt *Valente* pour évaluer les tribunaux militaires, à mon avis, dépend largement du problème que pose la définition du concept de «l’exécutif» à l’égard duquel il doit y avoir indépendance.

La valeur essentielle qui nous préoccupe est résumée par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, comme «[l]a possibilité pour les juges pris individuellement de rendre des décisions dans des affaires distinctes en étant libres de toute intervention ou influence de l’extérieur . . .» (p. 69). Il faut se prémunir contre toute ingérence du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif ou contre toute crainte raisonnable d’une telle ingérence.

La conclusion logique de cette préoccupation serait d’exiger la création d’un tribunal militaire complètement indépendant. Aussi attrayant que puisse être cet argument, il n’a pas été avancé et, suivant la majorité dans l’arrêt *MacKay*, il serait difficile à soutenir.

Indépendance à l’égard de l’exécutif

Le souci légitime de l’appelant est, selon les termes du Juge en chef, «. . . que la cour martiale générale soit à l’abri de toute ingérence extérieure relativement aux questions qui concernent directement la fonction judiciaire du tribunal» (p. 308).

military establishment must, in varying degrees, be responsible for maintaining the discipline, efficiency and morale of the Armed Forces. If the executive is defined to include the entire hierarchy, military tribunals will always be subject to executive influence.

Institutional Independence Within the Court Martial System

Given an *ad hoc* military tribunal, composed of military personnel, operating within a military hierarchy, what institutional independence should the *Charter* ensure?

The tribunal must be free to make its decisions on the merits.

Given that the members of the tribunal are necessarily operating within the military service, that means to me that no one who has an interest in seeing that the prosecution succeeds or fails should be in a position of influence.

Clearly, the accused and the "complainants" have that interest. That interest would, in my view, extend to the prosecutor and military personnel engaged in the investigation or in formulating or approving the charges.

I suggest that there must be found some point within the military hierarchy where the officer or official has no real or apparent concern about the outcome. There is, at that point, sufficient independence. I leave aside cases in which it can be shown to the contrary because the *Charter* provisions would clearly apply in such a case. In my view, the convening authority is sufficiently far removed from the investigative and complaint stages to convene the court martial and appoint its members.

I am concerned that the convening authority also appoints the prosecutor. This is done with the concurrence of the Judge Advocate General. With the scheme in force when this matter was tried, the judge advocate also was appointed by the Judge Advocate General.

L'ensemble de l'appareil militaire doit, à divers degrés, être responsable du maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des Forces armées. Si l'exécutif est défini de manière à comprendre toute la hiérarchie, les tribunaux militaires seront toujours assujettis à son influence.

Indépendance institutionnelle au sein du système des cours martiales

Si l'on prend un tribunal militaire *ad hoc*, composé de personnel militaire, qui fonctionne dans le cadre d'une hiérarchie militaire, quelle indépendance institutionnelle la *Charte* devrait-elle assurer?

Le tribunal doit être libre de rendre sa décision sur le fond de l'affaire.

Étant donné que les membres du tribunal font nécessairement partie des Forces armées, cela signifie, à mon avis, que la personne qui a intérêt à ce que la poursuite ait ou non gain de cause ne devrait pas être en mesure d'exercer une influence.

De toute évidence, l'accusé et les «plaignants» ont cet intérêt. À mon avis, cet intérêt s'étendrait au procureur à charge et au personnel militaire chargé de mener l'enquête ou de formuler ou d'approuver les accusations.

Je crois qu'il faut trouver un certain point dans la hiérarchie militaire où l'officier ou le fonctionnaire n'a aucun intérêt réel ou apparent dans l'issue du procès. À ce point, il y a une indépendance suffisante. J'écarte les affaires où on peut démontrer le contraire car il ne fait pas de doute que les dispositions de la *Charte* s'appliqueraient en pareils cas. À mon avis, l'autorité convocatrice est suffisamment éloignée des étapes de l'enquête et de la plainte pour convoquer la cour martiale et en désigner les membres.

Je m'inquiète de ce que l'autorité convocatrice désigne également le procureur à charge. Cela se fait avec l'assentiment du juge-avocat général. Selon le régime en vigueur au moment de l'instruction de cette affaire, le juge-avocat était également nommé par le juge-avocat général.

I agree with the Chief Justice that the convergence of responsibilities in appointing the prosecutor and judge advocate is objectionable as it fails to meet the requirement that those appointing the tribunal have no apparent concern in the outcome. ^a

In saying this, I do not do so on the basis that the Judge Advocate General and the convening authority are all part of the executive, but that there is at least an appearance that those responsible for choosing the tribunal, namely the convening authority and the Judge Advocate General, have an interest in the nomination of the prosecutor and, in effect, in a successful prosecution. ^c

Financial Security

Again, I view this issue not from the point of view of "executive independence", but from the point of view of sufficient independence in the setting of military tribunals. Under the scheme in force when these proceedings took place there was nothing to prevent those who made decisions in relation to salaries and promotions from taking into consideration the outcome of a court martial. This could well include persons with an interest in that outcome. In my view, those who could be seen as having some interest in the outcome could be excluded from the salary or promotion processes, or the performance of court martial duties could be readily excluded from consideration thus obviating any apparent infringement. ^g

I would, with these modifications, concur in the Chief Justice's disposition of the appeal. ^h

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the benefit of reading the reasons of Lamer C.J. While I am in agreement with certain propositions he advances, with deference, my ultimate conclusion differs substantially from his. For the reasons which follow, I am of the view that the appellant was not denied his s. 11(d) rights at his trial before ^j

Je souscris à l'opinion du Juge en chef selon laquelle la convergence des responsabilités en matière de nomination du procureur à charge et du juge-avocat est inadmissible car elle ne satisfait pas à l'exigence que ceux qui constituent le tribunal n'aient aucun intérêt apparent dans l'issue du procès. ^a

Cette affirmation est fondée non pas sur le fait que le juge-avocat général et l'autorité convocatrice font tous les deux partie de l'exécutif, mais sur le fait que ceux qui sont responsables du choix du tribunal, c'est-à-dire l'autorité convocatrice et le juge-avocat général, ont, en apparence du moins, un intérêt dans la nomination du procureur à charge et, en fait, à ce qu'il ait gain de cause. ^b

Sécurité financière

Là encore, j'examine cette question non pas du point de vue de l'«indépendance à l'égard de l'exécutif», mais du point de vue de l'indépendance suffisante en matière d'établissement de tribunaux militaires. Selon le régime en vigueur lors de ces procédures, rien n'empêchait ceux qui prenaient des décisions en matière de salaires et de promotions de tenir compte de l'issue d'un procès devant une cour martiale. Cela pouvait bien comprendre les personnes ayant un intérêt dans ce résultat. À mon avis, ceux que l'on pourrait considérer comme ayant un intérêt quelconque dans l'issue du procès pourraient être exclus du processus de fixation des salaires ou de promotion. De même, on pourrait exclure comme non pertinente l'exécution des fonctions d'une cour martiale, éliminant ainsi toute apparence d'ingérence. ^d

Sous réserve de ces modifications, je souscris à la façon dont le Juge en chef tranche le pourvoi. ^e

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer. Bien que je sois d'accord avec certaines des propositions qu'il avance, avec déférence, ma conclusion finale diffère sensiblement de la sienne. Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis qu'il n'y a pas eu atteinte aux droits que l'al. 11d) garantit à ^f

a General Court Martial for three counts of possession of a narcotic for the purpose of trafficking and one count of desertion. Accordingly, the appeal ought to be dismissed.

The pertinent facts as well as the basic structure of the General Court Martial at the time of the appellant's trial have been set out by my colleague and there is no need for me to recount either here. Instead, I intend to confine my opinion to the narrow legal issue of the structure of the General Court Martial and its relationship to the appellant's right to be judged by an independent and impartial tribunal.

Contextual Approach

While the Chief Justice notes that one should not lose sight of the fact that this appeal arises in the context of a military tribunal (and I am in agreement with him on this point), I feel that he accords insufficient weight to this context in the course of his opinion. I also believe that one should generally keep the context in which appeals arise in mind although it is particularly important that this be done in the case of a military tribunal.

The contextual approach is a tenet of constitutional interpretation which is of paramount importance, and has found support in many judgments of this Court. Such an interpretation was at the heart of the reasons of Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, where the right to strike of various essential services was at issue. At pages 365-66 and 368 Dickson C.J. notes:

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more

l'appelant, lors du procès qu'il a subi devant une cour martiale générale relativement à trois chefs d'accusation de possession d'un stupéfiant dans le but d'en faire le trafic et à un chef de désertion. Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté.

Les faits pertinents ainsi que la structure de base de la cour martiale générale au moment du procès de l'appelant ont été décrits par mon collègue et il ne m'est pas nécessaire de les reprendre en l'espèce. J'ai plutôt l'intention de restreindre mon opinion à la question juridique particulière de la structure de la cour martiale générale et de sa relation avec le droit de l'appelant d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

L'approche contextuelle

Bien que le Juge en chef souligne qu'il ne faut pas perdre de vue le fait que le présent pourvoi se situe dans le contexte d'un tribunal militaire (et je suis d'accord avec lui sur ce point), j'estime qu'il n'accorde pas suffisamment d'importance à ce contexte dans le cours de son opinion. J'estime, de plus, qu'il faut généralement garder à l'esprit le contexte dans lequel un pourvoi se soulève, mais qu'il est particulièrement important de le faire dans le cas d'un tribunal militaire.

L'approche ou méthode contextuelle est un principe d'interprétation constitutionnelle d'une importance capitale sur lequel nombre d'arrêts de notre Cour se sont appuyés. Une telle interprétation était au cœur des motifs du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, qui portait sur le droit de grève de travailleurs de divers services essentiels. Il a souligné, aux pp. 365 et 366, de même que 368:

La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces

equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict.

The role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. The capacity to bargain collectively has long been recognized as one of the integral and primary functions of associations of working people. While trade unions also fulfil other important social, political and charitable functions, collective bargaining remains vital to the capacity of individual employees to participate in ensuring fair wages, health and safety protections, and equitable and humane working conditions.

While the former Chief Justice was speaking in dissent, his comments did not go unnoticed by Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. At page 1354 she cites the passage above and remarks:

Chief Justice Dickson in his dissent clearly applied a combined purposive and contextual approach to the issue in that case. He asked himself what the purpose of freedom of association was in the context of labour relations. Why did workers associate to form unions? What was the aim and object? [Emphasis in original.]

Then, at pp. 1355-56, Wilson J. continues:

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraînent en conflit.

L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l'employeur. La capacité de négocier collectivement a depuis longtemps été reconnue comme l'une des fonctions intégrantes et premières des associations de travailleurs. Certes les syndicats ont aussi d'autres fonctions importantes sur les plans social, politique et charitable, mais la négociation collective demeure essentielle à la capacité de chaque salarié, à titre individuel, de participer au processus qui leur assurera des salaires justes, la santé et la sécurité ainsi que des conditions de travail humaines et équitables.

Bien que l'ancien Juge en chef ait été dissident, ses observations ont été reprises par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. À la page 1354, elle cite le passage susmentionné et fait observer:

Dans sa dissidence, le juge en chef Dickson a clairement appliqué à la question alors en litige une méthode fondée à la fois sur l'objet et sur le contexte. Il s'est demandé quel était l'objet de la liberté d'association dans le contexte des relations de travail. Pourquoi les travailleurs s'associent-ils pour former des syndicats? Quel était le but et l'objet? [Souligné dans l'original.]

Ensuite, aux pp. 1355 et 1356, le juge Wilson poursuit:

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

It is my view that a right or freedom may have different meanings in different contexts. Security of the person, for example, might mean one thing when addressed to the issue of over-crowding in prisons and something quite different when addressed to the issue of noxious fumes from industrial smoke-stacks. It seems entirely probable that the value to be attached to it in different contexts for the purpose of the balancing under s. 1 might also be different. It is for this reason that I believe that the importance of the right or freedom must be assessed in context rather than in the abstract and that its purpose must be ascertained in context. This having been done, the right or freedom must then, in accordance with the dictates of this Court, be given a generous interpretation aimed at fulfilling that purpose and securing for the individual the full benefit of the guarantee. [Emphasis added.]

I agree with these comments and would add that while the virtues of the contextual approach have been discussed principally with respect to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it is clear from the reasons given by Wilson J. in *Edmonton Journal*, from those of Dickson C.J. in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, and especially from those of Cory J. in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pp. 224-27, that context is also important at the initial stage of deciding whether or not a breach of a given right or freedom has occurred. Context has been especially useful in determining the scope of "the principles of fundamental justice" for the purposes of s. 7. (Besides the reasons of Cory J. in *Wholesale Travel* see also *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513 (per Lamer J.), *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at pp. 848-50 (per McLachlin J.), and my dissenting reasons in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647.) As Wilson J. pointed out, a right or freedom may have different meanings in different circumstances and to ignore these circumstances at the level of the substantive right or freedom would be to ignore a substantial amount of information at a critical stage of the analysis.

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents. Par exemple, la sécurité de la personne peut signifier une chose lorsqu'elle porte sur la question de la surpopulation dans les prisons et une autre, très différente, lorsqu'elle porte sur la question des fumées nocives des usines. Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie. [Je souligne.]

Je fais miennes ces observations et j'ajouterais que, bien que les vertus de l'approche contextuelle aient été analysées principalement en ce qui a trait à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il ressort clairement des motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, de ceux du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, et particulièrement de ceux du juge Cory dans l'arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pp. 224 à 227, que le contexte est également important à l'étape initiale où il s'agit de décider s'il y a eu violation d'un droit ou d'une liberté donnés. Le contexte a été particulièrement utile pour déterminer la portée des «principes de justice fondamentale» aux fins de l'art. 7. (Outre les motifs du juge Cory dans l'affaire *Wholesale Travel*, voir également *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513 (le juge Lamer), *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, aux pp. 848 à 850 (le juge McLachlin), et mes motifs de dissidence dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647.) Comme le juge Wilson l'a souligné, un droit ou une liberté peuvent avoir une signification différente dans des circonstances différentes. Ignorer ces circonstances au niveau du droit substantif ou de la liberté reviendrait à se priver d'une mine de renseignements à une étape critique de l'analyse.

As I mentioned, while other pronouncements of this Court on the subject are entirely consistent with the contextual approach, in some circumstances it has been thought to be more advantageous to restrict consideration of context to the s. 1 analysis. In *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, for instance, due to the nature of the right at issue and the previous jurisprudence of this Court which had mandated an extremely broad interpretation of freedom of expression under s. 2(b), Dickson C.J. was of the view that contextual balancing was best left for a later point in the analysis (pp. 733-34). My own reasons in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, at pp. 192-93, are to the same effect. However, there is nothing in this decision or any other by this Court to suggest that taking context into account would be inappropriate when faced with an alleged violation of s. 11(d) and the right to be tried by an independent and impartial tribunal.

While such an approach would generally be considered to be of assistance when the Court is called upon to interpret the *Charter*, it is clearly required where military tribunals are at issue. As pointed out by Lamer C.J., the fact that s. 11(f) begins "except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal" illustrates that the *Charter* contemplates a separate system of military justice. This, in fact, was conceded by the appellant. Hence, I am of the view that special note must be taken of the circumstances surrounding this appeal.

This means that at least a rudimentary understanding of the exigencies and goals of the military and its own particular system of justice must be attained. Only after an examination of what is at stake may we turn to the ultimate question of whether or not the appellant's right to be tried by an independent and impartial tribunal as guaranteed by s. 11(d) has been infringed. The answer to the latter question, of course, will be coloured by these preliminary observations.

Comme je l'ai mentionné, bien que d'autres décisions de notre Cour sur le sujet soient entièrement compatibles avec l'approche contextuelle, dans certaines circonstances on a jugé qu'il était plus avantageux de limiter l'examen du contexte à une analyse fondée sur l'article premier. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, par exemple, en raison de la nature du droit visé et de la jurisprudence antérieure de notre Cour qui avait adopté une interprétation extrêmement large de la liberté d'expression reconnue à l'al. 2b), le juge en chef Dickson était d'avis qu'il était préférable que l'évaluation selon le contexte ait lieu à une étape ultérieure de l'analyse (pp. 733 et 734). Mes propres motifs dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, aux pp. 192 et 193, vont dans le même sens. Toutefois, rien dans cet arrêt ni dans aucun autre arrêt de notre Cour ne laisse entendre qu'il ne serait pas approprié de tenir compte du contexte lorsqu'il y a allégation de violation de l'al. 11d) et du droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial.

Bien qu'une telle approche soit généralement considérée comme utile lorsque la Cour est appelée à interpréter la *Charte*, elle est, de toute évidence, essentielle lorsque des tribunaux militaires sont en cause. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer, le fait que l'al. 11f) débute par «sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire» démontre que la *Charte* envisage un système distinct de justice militaire, ce qui a été concédé par l'appelant. Par conséquent, je suis d'avis qu'il convient d'accorder une importance spéciale au contexte du présent pourvoi.

Cela implique au moins une connaissance rudimentaire des exigences et des objectifs des Forces armées et du système de justice qui leur est propre. Uniquement après un examen de l'enjeu pourrons nous finalement trancher la question de savoir si le droit de l'appelant d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial que garantit l'al. 11d) a été violé. Évidemment, ces observations préliminaires influenceront sur la réponse donnée à cette dernière question.

Military Law

Judicial and academic consideration of the particular nature of military law, while not abundant, has brought certain basic principles to light. I would first take note of the observations of McIntyre J. in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, a pre-*Charter* decision of this Court in which the appellant alleged that his trial before a Standing Court Martial contravened the judicial independence guarantee of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. At page 402, McIntyre J. states:

Since very early times it has been recognized in England and in Western European countries which have passed their legal traditions and principles to North America that the special situation created by the presence in society of an armed military force, taken with the special need for the maintenance of efficiency and discipline in that force, has made it necessary to develop a separate body of law which has become known as military law. The development of this body of law included, sometimes in varying degree but always clearly recognized, a judicial role for the officers of the military force concerned.

He elaborates at pp. 403-4:

From the earliest times, officers of the armed forces in this and, I suggest, all civilized countries have had this judicial function. It arose from practical necessity and, in my view, must continue for the same reason. It is said that by the nature of his close association with the military community and his identification with the military society, the officer is unsuited to exercise this judicial office. It would be impossible to deny that an officer is to some extent the representative of the class in the military hierarchy from which he comes; he would be less than human if he were not. But the same argument, with equal fairness, can be raised against those who are appointed to judicial office in the civilian society. We are all products of our separate backgrounds and we must all in the exercise of the judicial office ensure that no injustice results from that fact. I am unable to say that service officers, trained in the ways of service life and concerned to maintain the required standards of efficiency and discipline—which includes the welfare of their men—are less able to adjust their attitudes to meet the duty of impartiality required of them in this task than are others.

Le droit militaire

Bien que non abondantes, la jurisprudence et la doctrine qui ont examiné la nature particulière du droit militaire permettent d'en dégager certains principes fondamentaux. Je souligne, en premier lieu, les observations du juge McIntyre dans l'affaire *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, arrêt de notre Cour antérieur à la *Charte* dans lequel l'appelant alléguait que son procès devant une cour martiale permanente portait atteinte à la garantie d'indépendance judiciaire que conférait la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. À la page 402, le juge McIntyre dit:

Depuis très longtemps, on reconnaît en Angleterre et dans les pays d'Europe occidentale, qui ont transmis leurs traditions et principes juridiques à l'Amérique du Nord, que la situation particulière que crée la présence dans la société d'une force militaire armée, jointe aux impératifs d'efficacité et de discipline de cette force, a exigé l'élaboration d'un droit distinct que l'on a appelé droit militaire. À des degrés divers parfois, mais toujours clairement, ce droit distinct a reconnu un rôle judiciaire aux officiers de la force militaire en cause.

Il ajoute aux pp. 403 et 404:

Depuis toujours, les officiers des forces armées ont rempli cette fonction judiciaire au Canada, et, selon moi, dans tous les pays civilisés. Il s'agissait d'une exigence d'ordre pratique et, à mon avis, il en est toujours de même. On dit qu'à cause de la nature de ses liens étroits avec la communauté militaire et de son identification avec elle, l'officier est inapte à remplir cette fonction judiciaire. On ne peut nier qu'un officier est jusqu'à un certain point le représentant de la classe militaire dont il est issu; il ne serait pas humain si ce n'était le cas. Mais le même argument, en toute justice, vaut tout autant à l'égard des personnes nommées à des fonctions judiciaires dans la société civile. Nous sommes tous les produits de nos milieux respectifs et nous devons tous, dans l'exercice de la fonction judiciaire, veiller à ce que cette réalité n'entraîne aucune injustice. Je ne puis dire que les officiers, formés aux méthodes de la vie militaire et soucieux de préserver les normes requises d'efficacité et de discipline—ce qui inclut le bien-être de leurs hommes—sont moins aptes que d'autres à adapter leurs attitudes de façon à remplir l'obligation d'impartialité qui leur incombe dans cette tâche.

Furthermore, the problems and the needs of the armed services, being in many respects special to the military, may well from time to time require the special knowledge possessed by officers of experience who, in this respect, may be better suited for the exercise of judicial duty in military courts than their civilian counterparts. It has been recognized that wide powers of discipline may be safely accorded in professional associations to senior members of such professions. The controlling bodies of most professions such as those of law, medicine, accountancy, engineering, among others, are given this power. I am unable to say that the close identification of such disciplinary bodies with the profession concerned, taken with the seniority enjoyed by such officers within their professional group, has ever been recognized as a disqualifying factor on grounds of bias or otherwise. Rather it seems that the need for special knowledge and experience in professional matters has been recognized as a reason for the creation of disciplinary tribunals within the separate professions. It must also be remembered that while this appeal concerned only the armed services serving in Canada, the position of forces serving abroad not being in issue, it must be recognized that in service abroad the officers must assume the judicial role by reason of the absence of any civil legal processes. The character of the officer for independence and impartiality will surely not vary because he is serving overseas. The practical necessities of the service require the performance of this function by officers of the service. . . . [Emphasis added.]

I also wish to mention the following remarks made by J. B. Fay in Part I of "Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice" (1975), 23 *Chitty's L.J.* 120, at p. 123:

The ultimate objective of the military in time of peace is to prepare for war to support the policies of the civil government. The military organization to meet this objective requires, as no other system, the highest standard of discipline able to function under the most adverse of conditions. Discipline can be defined as an attitude of respect for authority which is developed by leadership, precept and training. It is a state of mind that leads to a willingness to obey an order no matter how unpleasant the task to be performed. This is not a characteristic of the civilian community. It is the ultimate characteristic of the military organization. It is the responsibility of those who command to instill discipline in those they command. In doing so there must be

De plus, il se peut bien qu'à l'occasion, les problèmes et besoins des forces armées, qui sont à plusieurs égards particuliers aux militaires, requièrent les connaissances spéciales d'officiers d'expérience qui, à cet égard, peuvent être plus aptes à remplir un rôle judiciaire dans des tribunaux militaires que leurs collègues civils. Il est admis que, dans les associations professionnelles, on peut accorder sans danger de larges pouvoirs disciplinaires aux membres chevronnés. Les organes de surveillance de la plupart des professions, notamment le droit, la médecine, la comptabilité, le génie civil, sont investis de ce pouvoir. Je ne peux pas dire que l'on ait déjà considéré que les liens étroits de ces organes disciplinaires avec la profession en cause et l'expérience dont jouissent leurs membres au sein de la profession, constituent un facteur d'exclusion pour cause de partialité ou autres causes. Il semble plutôt que l'on ait considéré que le besoin de connaissances spéciales et d'expérience des questions professionnelles justifiait la création de tribunaux disciplinaires au sein de chaque profession. Il faut aussi se rappeler que, même si ce pourvoi ne concerne que les forces armées en poste au Canada, la situation de nos forces à l'étranger n'étant pas en cause, on doit reconnaître que dans ce dernier cas les officiers doivent assurer un rôle judiciaire vu l'absence de mécanismes juridiques de droit commun. Le fait que l'officier est en poste à l'étranger ne modifiera sûrement pas sa réputation d'indépendance et d'impartialité. Les nécessités pratiques de la vie militaire exigent que ce rôle soit rempli par des officiers des forces armées . . . [Je souligne.]

Je désire également mentionner les remarques suivantes de J. B. Fay dans la première partie de «Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice» (1975), 23 *Chitty's L.J.* 120, à la p. 123:

[TRADUCTION] L'objectif ultime des Forces armées en temps de paix est de se préparer pour la guerre afin d'appuyer les politiques du gouvernement civil. L'organisation militaire qui doit atteindre cet objectif exige, comme nul autre système, la norme de discipline la plus élevée pour être en mesure de fonctionner dans les pires conditions. La discipline peut être définie comme une attitude de respect envers l'autorité qui est formée par les qualités de chef, les ordres et l'entraînement. Il s'agit d'un état d'esprit qui entraîne un empressement à obéir à un ordre peu importe si la tâche qui doit être accomplie est déplaisante. Il ne s'agit pas d'une caractéristique de la communauté civile. C'est la caractéristique ultime de l'organisation militaire. Ceux qui commandent sont chargés d'inculquer la discipline à ceux qui sont sous leurs ordres. De cette façon, il doit y avoir des mesures

the correction and the punishment of individuals. Fairness and justice are indispensable.

de discipline et des peines pour les individus. L'équité et la justice sont indispensables.

Military law achieves great importance when viewed in the context of the above. It is from military law that the serviceman receives his most tangible indication of the relationship between himself and those who command. It is under military law that he is tried and punished.

Le droit militaire a beaucoup d'importance si l'on tient compte de ce qui précède. C'est le droit militaire qui donne au militaire l'indication la plus tangible de son rapport entre lui-même et ceux qui commandent. Il est jugé et puni en vertu du droit militaire.

Finally, the words of A. D. Heard in "Military Law and the *Charter of Rights*" (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 514, at p. 514, are apposite:

Finalement, les propos d'A. D. Heard dans «*Military Law and the Charter of Rights*» (1988), 11 *Dalhousie L.J.* 514, à la p. 514, sont pertinents:

The Canadian Forces, like those of any country, are maintained through a much more rigid discipline of its members than is expected of the general citizenry. Such a discipline is necessitated by the end object of all military forces: combat. This discipline is instilled and enforced by a body of military law which encompasses a wide set of prohibitions to which civilian society is not normally subject, relatively harsh punishments, and expeditious procedures in the military tribunals that enforce those rules.

[TRADUCTION] Il règne dans les Forces canadiennes, comme dans celles de tout autre pays, une discipline beaucoup plus rigide parmi ses membres que celle dont on s'attend du citoyen en général. Pareille discipline est nécessaire en raison de l'objectif final de toute force militaire: le combat. Cette discipline est inculquée et appliquée au moyen d'un ensemble de règles de droit militaires qui comprennent un grand nombre d'interdictions auxquelles la société civile n'est pas normalement assujettie, des peines relativement sévères et des procédures expéditives devant les tribunaux militaires qui appliquent ces règles.

There are, I think, two fundamental propositions respecting the military and its legal system which emerge from these passages. The first is that, above all, the Armed Forces depend upon the strictest discipline in order to function effectively. The reasons for this are obvious and were laid out by McIntyre J. in *MacKay*, *supra*. Clearly, without the type of rigorous obedience to a rigid hierarchy which the military demands of its members, our national defence and international peacekeeping objectives would be unattainable.

À mon avis, deux propositions fondamentales concernant les Forces armées et leur système juridique ressortent de ces passages. Premièrement, les Forces armées exigent par-dessus tout la discipline la plus stricte pour fonctionner de manière efficace. Les raisons en sont évidentes et ont été exposées par le juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*, précité. De toute évidence, sans le type d'obéissance rigoureuse à une hiérarchie rigide que les Forces armées exigent de leurs membres, notre défense nationale et nos objectifs de maintien de la paix internationale seraient impossibles à atteindre.

The second fundamental proposition is the need for this discipline to be maintained by the more senior members of the Forces which means that cases of alleged non-adherence to its rules need to be tried within the chain of command. As well as serving an important symbolic function by reinforcing the hierarchy on which discipline depends, this also ensures a sufficient degree of institutional knowledge on the part of those who would judge.

Deuxièmement, ce sont les membres des Forces du rang le plus élevé qui doivent veiller au maintien de cette discipline, ce qui signifie que les allégations de non-respect des règles doivent être jugées dans le cadre de cette chaîne de commandement. Tout en jouant un rôle symbolique par le renforcement de la hiérarchie dont dépend la discipline, cela permet également d'assurer un degré suffisant de connaissance institutionnelle de la part

The military is, after all, something of its own society within the greater one. While ultimately it must adhere to the expectations and carry out the policies of the civilian world, like any society it entails a certain number of traditions, rules, and taboos which are not within the normal ken of outsiders. These are the sort of considerations which must be kept in mind while measuring the General Court Martial against the requirements of the *Charter*.

Independence of the Judiciary

The seminal case pertaining to the *Charter* guarantees currently at issue is *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673. I should state at this point that the appellant frames his argument in terms of judicial independence as opposed to impartiality. That there is a significant distinction to be made between the two may be seen from the following extract from *Valente* at p. 685:

Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word "impartial" as Howland C.J.O. noted, connotes absence of bias, actual or perceived. The word "independent" in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

In *Valente*, Le Dain J. goes on to establish what he calls three "essential conditions" of judicial independence. The independence of a given tribunal, apparently, will depend on an objective assessment of the presence or non-presence of these conditions.

It is at this point that I differ significantly with the reasoning of the Chief Justice for I harbour

de ceux susceptibles d'agir à titre de juge. Les Forces armées constituent en quelque sorte une société distincte au sein de la société. Bien que, finalement, les Forces armées doivent répondre aux attentes et appliquer les politiques du monde civil, comme toute société, elles connaissent un certain nombre de traditions, de règles et de tabous que ne connaissent pas normalement ceux qui n'en font pas partie. Voilà le genre de considérations qu'il y a lieu de garder à l'esprit dans l'évaluation de la cour martiale générale en fonction des exigences de la *Charte*.

c L'indépendance de la magistrature

L'arrêt de principe qui a porté sur les garanties de la *Charte* dont il est question en l'espèce est *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673. À ce stade, il convient de souligner que l'appelant formule son argumentation sous l'angle de l'indépendance judiciaire et non sous celui de l'impartialité. L'importance de la distinction qu'il convient de faire entre les deux ressort de l'extrait suivant de l'arrêt *Valente*, à la p. 685:

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial», comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme «indépendant», à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

Dans l'arrêt *Valente*, le juge Le Dain fixe ensuite ce qu'il appelle les trois «conditions essentielles» de l'indépendance judiciaire. L'indépendance d'un tribunal donné dépendra apparemment d'une évaluation objective de la présence ou de l'absence de ces conditions.

C'est ici que mes motifs diffèrent sensiblement de ceux du Juge en chef, car je doute sérieusement

serious concerns as to the applicability of these criteria to military tribunals. In fact, I doubt that Le Dain J. ever meant that they be applied to each and every form of tribunal. At pages 692-93 of *Valente*, he warns:

It would not be feasible, however, to apply the most rigorous and elaborate conditions of judicial independence to the constitutional requirement of independence in s. 11(d) of the *Charter*, which may have to be applied to a variety of tribunals. The legislative and constitutional provisions in Canada governing matters which bear on the judicial independence of tribunals trying persons charged with an offence exhibit a great range and variety. The essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) must bear some reasonable relationship to that variety. Moreover, it is the essence of the security afforded by the essential conditions of judicial independence that is appropriate for application under s. 11(d) and not any particular legislative or constitutional formula by which it may be provided or guaranteed.

At the very least, the above passage exhibits a concern for flexibility and a recognition that differences in tribunals form an acceptable and even desirable part of the Canadian legal landscape. Hence, it would be an error to adopt a uniform formula for the purposes of assessing their constitutionality. In the circumstances of this case, such flexibility might well mean arriving at the conclusion that the essential conditions generated in a case which arose in the context of evaluating the independence of the Provincial Court (Criminal Division) are ill-tailored to performing the same analysis on the General Court Martial as constituted under the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, and its regulations.

In this regard I agree with Pratte J. in the court below (1990), 114 N.R. 321, who points out that for "ordinary judges" (such as, for example, those appointed to sit on the Provincial Court (Criminal Division)) factors such as security of tenure and financial security (two of the three criteria purportedly set down by Le Dain J.) are essential guaran-

que ces critères puissent s'appliquer aux tribunaux militaires. En fait, je doute que le juge Le Dain ait jamais entendu qu'ils soient appliqués à chaque forme de tribunal. Aux pages 692 et 693 de l'arrêt *a Valente*, il fait la mise en garde suivante:

Il ne serait cependant pas possible d'appliquer les conditions les plus rigoureuses et les plus élaborées de l'indépendance judiciaire à l'exigence constitutionnelle d'indépendance qu'énonce l'al. 11d) de la *Charte*, qui peut devoir s'appliquer à différents tribunaux. Les dispositions législatives et constitutionnelles qui, au Canada, régissent les questions ayant une portée sur l'indépendance judiciaire des tribunaux qui jugent les personnes accusées d'une infraction sont fort diverses et variées. Les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire, pour les fins de l'al. 11d), doivent avoir un lien raisonnable avec cette diversité. De plus, c'est l'essence de la garantie fournie par les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire qu'il convient d'appliquer en vertu de l'al. 11d), et non pas quelque formule législative ou constitutionnelle particulière qui peut l'offrir ou l'assurer.

À tout le moins, le passage qui précède dénote un souci de souplesse et une reconnaissance que les différences entre les tribunaux constituent un aspect acceptable et même souhaitable du paysage juridique canadien. Ce serait donc une erreur d'adopter une formule uniforme pour évaluer leur constitutionnalité. Dans les circonstances de l'espèce, pareille souplesse pourrait bien nous amener à conclure que les conditions essentielles envisagées dans une affaire qui a pris naissance dans le contexte de l'évaluation de l'indépendance de la Cour provinciale, Division criminelle, ne sont pas conçues pour s'appliquer à la même analyse à l'égard de la cour martiale générale constituée sous le régime de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, et de son règlement d'application.

À cet égard, je souscris à l'opinion du juge Pratte de la Cour d'appel de la cour martiale (1990), 114 N.R. 321, qui souligne que pour les «juges ordinaires» (comme, par exemple, ceux nommés pour siéger à la Cour provinciale, Division criminelle) des facteurs comme l'inamovibilité et la sécurité financière (deux des trois critères

tees of independence. However, he adds (at p. 334):

The situation is different for judges who, like the members of a general court martial, are appointed to try a single case and receive no pay for the performance of duties which are in addition to their usual duties. Not only is it difficult in their case to speak of tenure and financial security, but it must be apparent that these guarantees are not necessary.

Pratte J. was further of the view that it cannot be assumed that military judges who derive no benefit from acting in a judicial capacity should wish to please their superiors in the hope of some sort of career advancement in the future. He continues, at p. 334:

In reality, the fact that no pay or benefit is attached to the performance of judicial duties in the military is as effective a guarantee of independence as that of tenure and financial security to the "ordinary" judge.

For these reasons, I feel that there may well be occasions when it simply does not make sense to evaluate a given tribunal according to the standards established by Le Dain J. in *Valente*. Indeed, this is one of those occasions. The criteria of security of tenure and financial security are especially ill-suited to the task given the transitory nature of the General Court Martial and peculiar circumstances surrounding the financial remuneration (or lack thereof) of its members.

Nonetheless, even if I am mistaken on the above and the three essential conditions as set down by Le Dain J. are accurate indicia of the constitutionality of the General Court Martial, it is my position, for the reasons which follow, that those criteria were amply satisfied by the structure of the General Court Martial as it existed at the time of the appellant's trial.

apparemment énoncés par le juge Le Dain) constituent des garanties essentielles d'indépendance. Toutefois, il ajoute (à la p. 334):

Il en va autrement des juges qui, comme les membres d'une cour martiale générale, sont nommés pour juger une seule affaire et qui ne reçoivent aucune rémunération pour l'exécution de ces fonctions qui s'ajoutent à leurs tâches ordinaires. Non seulement est-il difficile, dans leur cas, de parler d'inamovibilité et de sécurité financière, mais il faut voir que ces garanties ne sont pas nécessaires.

Le juge Pratte était en outre d'avis qu'on ne saurait présumer que les juges militaires qui ne tirent aucun avantage de l'exécution de leurs fonctions judiciaires veulent plaire à leurs supérieurs dans l'espoir d'obtenir une certaine forme d'avancement. Il poursuit, à la p. 334:

En réalité, le fait qu'aucune rémunération ou avantage ne soient attachés à l'accomplissement des tâches judiciaires militaires constitue une garantie d'indépendance aussi efficace que celle que l'inamovibilité et la sécurité financière assurent au juge «ordinaire».

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il peut très bien y avoir des situations où il n'est tout simplement pas logique d'évaluer un tribunal donné selon les normes établies par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. En fait, il s'agit en l'espèce de l'une de ces situations. Les critères d'inamovibilité et de sécurité financière sont particulièrement mal adaptés en l'espèce, compte tenu de la nature transitoire de la cour martiale générale et des circonstances particulières relatives à la rémunération (ou à l'absence de rémunération) de ses membres.

Néanmoins, même si je suis dans l'erreur à l'égard de ce qui précède et que les trois conditions essentielles édictées par le juge Le Dain constituent des indices précis de la constitutionnalité de la cour martiale générale, j'estime, pour les motifs qui suivent, que la structure de la cour martiale générale, telle qu'elle existait au moment du procès de l'appelant, satisfaisait amplement à ces critères.

Security of Tenure

The first essential condition is security of tenure. I reproduce Le Dain J.'s formulation of it for the sake of convenience:

The essence of security of tenure for purposes of s. 11(d) is a tenure, whether until an age of retirement, for a fixed term, or for a specific adjudicative task, that is secure against interference by the Executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner. [Emphasis added.]

(Valente, *supra*, at p. 698.)

The position of the Chief Justice, as I understand it, is two-fold. First, given that the judge advocate for a particular case was, at the time of trial, chosen by the Judge Advocate General who was in turn appointed by the Governor in Council, there is insufficient protection from arbitrary interference from the executive because the Judge Advocate General is part of the executive. Second, there are no guarantees that a judge's career will not be affected by his or her performance on tribunals. Hence, there exists a reasonable apprehension that the judge advocate was chosen because of an expectation that he or she would satisfy the interests of the executive. To be free from this apprehension, according to the Chief Justice, there would have to be security from this potential interference for a fixed period of time. He continues that the caveat contained in Le Dain J.'s formulation pertaining to a "specific adjudicative task" is inapplicable because the General Court Martial is "a recurring affair" (p. 303).

I respectfully disagree with this reasoning. With respect to the first concern, it seems to me that the Chief Justice is arguing that, by definition, the performance of a judge advocate cannot be free from arbitrary interference from the executive because he or she is appointed by the executive. I cannot bring myself to believe that this is sufficient to constitute a violation of s. 11(d). The framers of the *Charter* could not have intended that provision to prevent the executive from appointing members of the judiciary when other sections of the Constitution explicitly give the executive authority to do so. Turning then to the second argument, while in some respects career aspirations might somehow

L'inamovibilité

La première condition essentielle est l'inamovibilité. Par souci de commodité, je reproduis la définition qu'en donne le juge Le Dain:

L'essence de l'inamovibilité pour les fins de l'al. 11d), que ce soit jusqu'à l'âge de la retraite, pour une durée fixe, ou pour une charge ad hoc, est que la charge soit à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations. [Je souligne.]

(Valente, précité, à la p. 698.)

Si je comprends bien, le Juge en chef adopte une position à deux volets. Premièrement, étant donné que le juge-avocat pour une affaire en particulier a été, au moment du procès, choisi par le juge-avocat général qui a été à son tour nommé par le gouverneur en conseil, il n'existe pas suffisamment de protection contre une intervention arbitraire de l'exécutif parce que le juge-avocat général fait partie de l'exécutif. Deuxièmement, il n'y a aucune garantie que le rendement d'un juge au tribunal n'aura pas d'effet sur sa carrière. Par conséquent, il existe une crainte raisonnable que le juge-avocat ait été choisi parce qu'on attend de lui qu'il satisfasse aux intérêts de l'exécutif. Pour dissiper cette crainte, selon le Juge en chef, il devrait y avoir une garantie contre cette possibilité d'intervention pendant une période déterminée. Il poursuit en disant que la mise en garde contenue dans la définition du juge Le Dain, relativement à une «charge ad hoc» n'est pas applicable parce que la cour martiale générale est «convoquée régulièrement» (p. 303).

En toute déférence, je ne souscris pas à ce raisonnement. En ce qui a trait à la première préoccupation, il me semble que le Juge en chef soutient que, par définition, il est impossible que le rendement d'un juge-avocat ne soit pas assujéti à une intervention arbitraire de l'exécutif parce qu'il est nommé par celui-ci. Je n'arrive pas à me convaincre que cela est suffisant pour constituer une violation de l'al. 11d). Les rédacteurs de la *Charte* ne peuvent avoir entendu que cette disposition empêche l'exécutif de nommer des membres de la magistrature là où d'autres articles de la Constitution lui confèrent explicitement le pouvoir de le faire. Si l'on examine ensuite le deuxième argu-

relate to the requirement of security of tenure, to my mind they are more properly dealt with under the notion of financial security and I will discuss them in due course.

My own view is that the General Court Martial is a "specific adjudicative task" as contemplated by Le Dain J. in *Valente*. The *National Defence Act* and its accompanying regulations clearly call for the *ad hoc* convening of a General Court Martial, its functioning, and then its dissolution. While there may be various General Courts Martial sitting all over this country and even overseas, the legislation contemplates each as an entirely distinct entity. It simply does not reflect the Act and regulations to assert that each and every one of those General Courts Martial is part of a "recurring affair" as opposed to constituting a "specific adjudicative task" in its own right.

Furthermore, while the General Court Martial is taking place there are sufficient guarantees of the tenure of the persons involved from the executive. Article 112.64(2) of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* ("Q.R. & O.") provides, *inter alia*:

(2) If a judge advocate has been appointed and is for any cause unable to attend, the president shall adjourn the court and report the circumstances to the convening authority. The convening authority may authorize the court to stand adjourned until the judge advocate is able to attend. If the judge advocate is unable to attend or if the convening authority considers delay to be inexpedient, the convening authority may:

- (a) if the court is a General Court Martial,
 - (i) request the Judge Advocate General to appoint another judge advocate and, after the Judge Advocate General has appointed the other judge advocate, direct the trial to proceed, or
 - (ii) dissolve the court;

ment, bien qu'à certains égards les aspirations de carrière puissent d'une certaine manière avoir un rapport avec l'exigence de l'inamovibilité, j'estime qu'il y a lieu d'en traiter plus adéquatement sous la notion de sécurité financière ce dont je discuterai plus loin.

Je suis personnellement d'avis que la cour martiale générale constitue une «charge *ad hoc*» comme l'a envisagé le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. La *Loi sur la défense nationale* et son règlement d'application prévoient clairement la convocation *ad hoc* d'une cour martiale générale, son fonctionnement, puis sa dissolution. Bien qu'il puisse y avoir diverses cours martiales générales qui siègent dans tout le pays et même outre-mer, la Loi les envisage chacune comme une entité tout à fait distincte. L'affirmation que chaque cour martiale générale est «convoquée régulièrement» par opposition au fait de constituer une «charge *ad hoc*» en soi ne reflète pas l'esprit de la Loi et du règlement.

En outre, pendant que siège la cour martiale générale, l'exécutif fournit des garanties suffisantes en ce qui a trait à l'inamovibilité des personnes visées. Le paragraphe 112.64(2) des *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* («O.R.F.C.») prévoit notamment:

(2) Si un juge-avocat a été nommé et que, pour une raison quelconque, il est incapable d'assister aux audiences, le président doit ajourner les procédures et faire rapport des circonstances à l'autorité convocatrice. L'autorité convocatrice peut autoriser la cour à rester ajournée jusqu'à ce que le juge-avocat puisse assister aux audiences. Dans le cas où le juge-avocat est incapable d'assister aux audiences ou dans le cas où l'autorité convocatrice est d'avis que le délai est inopportun, l'autorité convocatrice peut:

- (a) dans le cas d'une cour martiale générale,
 - (i) demander au juge-avocat général de nommer un autre juge-avocat et, lorsque le juge-avocat est nommé, ordonner que le procès se poursuive; ou
 - (ii) dissoudre la cour;

While of course conferring a certain amount of discretion on the convening authority, this article also acts as something of a limitation. Only if the judge advocate is, for some reason, unable to attend the General Court Martial, may the convening authority appoint a replacement judge advocate. Otherwise, once appointed, the judge advocate is at complete liberty to proceed with the undertaking with which he or she has been entrusted. No other provision in the Q.R. & O. allows for the removal of the judge advocate once he or she has been appointed. This provides sufficient insulation to the judge advocate to perform his or her duty because it means that, to interfere, the convening authority or other member of the executive would have to act unlawfully. Similar views were expressed by Cavanagh J. in *Schick v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 540, at p. 548. I would conclude, therefore, that a reasonable person would not be given cause to question the independence of the General Court Martial based on a purported lack of security of tenure.

Financial Security

In *Valente, supra*, at p. 704, Le Dain J. enunciated this criterion in the following manner:

The essence of such security is that the right to salary and pension should be established by law and not be subject to arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence.

The Chief Justice is of the view that the provisions in place at the time of trial give rise to a reasonable apprehension that this essential condition was not met. He points out that promotions and pay rates are established according to regulations promulgated either by the Governor in Council or by the Treasury Board. Furthermore, since the President and the other members of the tribunal were not compensated above and beyond their usual salary, which depends upon their rank and therefore upon merit, the lack of formal prohibitions on taking performance on a military tribunal into account in assessing merit results in a reasonable apprehension that career concerns might motivate decisions favourable to the prosecution. The same difficulty, in his view, applied to judge advo-

Il va sans dire que, tout en conférant un certain pouvoir discrétionnaire à l'autorité convocatrice, cet article est aussi limitatif. L'autorité convocatrice ne peut nommer un remplaçant au juge-avocat que si celui-ci est, pour une raison quelconque, incapable d'assister aux audiences de la cour martiale générale. Autrement, une fois qu'il est nommé, le juge-avocat est entièrement libre de poursuivre l'affaire qui lui a été confiée. Aucune autre disposition des O.R.F.C. n'autorise la révocation du juge-avocat une fois nommé. Cela assure au juge-avocat une indépendance suffisante dans l'exercice de ses fonctions car cela signifie que, pour intervenir, l'autorité convocatrice ou tout autre membre de l'exécutif devrait agir illégalement. Le juge Cavanagh exprime une opinion semblable dans l'arrêt *Schick c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 540, à la p. 548. Je conclurais donc qu'une personne raisonnable n'aurait aucun motif de mettre en question l'indépendance de la cour martiale générale en invoquant une absence apparente d'inamovibilité.

e La sécurité financière

Dans l'arrêt *Valente*, précité, à la p. 704, le juge Le Dain a énoncé ce critère de la manière suivante:

Cette sécurité consiste essentiellement en ce que le droit au traitement et à la pension soit prévu par la loi et ne soit pas sujet aux ingérences arbitraires de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire.

Le Juge en chef est d'avis que les dispositions en vigueur au moment du procès donnent lieu à une crainte raisonnable que cette condition essentielle n'ait pas été respectée. Il souligne que l'avancement et les taux des soldes sont établis selon des règlements promulgués par le gouverneur en conseil ou par le Conseil du Trésor. En outre, étant donné que le président et les autres membres du tribunal n'ont pas touché de rémunération, autre que leur solde habituelle qui est fonction de leur grade et, par conséquent, du mérite, l'absence d'interdiction formelle de tenir compte du rendement d'un tribunal militaire pour évaluer le mérite entraîne une crainte raisonnable que des préoccupations en matière de carrière puissent motiver des décisions favorables à la poursuite. À

cates. Again I respectfully disagree. In my view, this is not problematic in the least having already been contemplated in *Valente*.

In *Valente* the same type of issue was raised when the appellant argued that a provision which enabled Provincial Court (Criminal Division) judges to be reappointed at the pleasure of the Lieutenant Governor in Council upon attaining the age of retirement violated the constitutional requirement of judicial independence because, *inter alia*, the need in some cases of such a reappointment to complete entitlement to a pension could give rise to a reasonable perception of dependence for one's financial well-being upon the executive (*Valente, supra*, at p. 698).

Le Dain J. took the position, and I agree with him, that the effect of the executive having control over certain discretionary benefits or advantages did not go to the heart of s. 11(d). At page 714 he states:

While it may well be desirable that such discretionary benefits or advantages, to the extent that they should exist at all, should be under the control of the judiciary rather than the Executive, as recommended by the Deschênes report and others, I do not think that their control by the Executive touches what must be considered to be one of the essential conditions of judicial independence for purposes of s. 11(d) of the *Charter*.

I read this statement as recognizing that, at a certain point, there will be elements of judicial remuneration which are in the hands of another party — possibly the executive. While in the best of all possible worlds this might not be the case, such potential discretion is not sufficient to constitute “arbitrary interference by the Executive in a manner that could affect judicial independence” and hence to give rise to a reasonable apprehension that the essential condition of financial security was not met at the time the appellant was tried.

son avis, le même problème se pose dans le cas des juges-avocats. Avec respect, je ne suis pas d'accord. À mon avis, cette situation ne pose aucun problème, car elle a déjà été envisagée dans l'arrêt *Valente*.

Dans l'arrêt *Valente*, le même genre de question a été soulevé lorsque l'appelant a soutenu qu'une disposition, qui permettait aux juges de la Cour provinciale, Division criminelle, d'être renommés à titre amovible par le lieutenant-gouverneur en conseil lorsqu'ils avaient atteint l'âge de la retraite, violait l'exigence constitutionnelle de l'indépendance judiciaire pour le motif, notamment, que la nécessité dans certains cas de procéder à cette nouvelle nomination pour donner droit à une pension, pouvait susciter une perception raisonnable de dépendance envers l'exécutif pour ce qui est de sa sécurité financière (*Valente*, précité, à la p. 698).

Le juge Le Dain a adopté le point de vue, auquel je souscris, que le contrôle exercé par l'exécutif sur certains bénéfices ou avantages discrectionnaires n'a pas pour effet d'aller au cœur de l'al. 11d). Il dit, à la p. 714:

S'il peut être souhaitable que ces bénéfices ou avantages discrectionnaires, dans la mesure où il devrait y en avoir, soient contrôlés par le pouvoir judiciaire plutôt que par l'exécutif, comme le rapport Deschênes et d'autres l'ont recommandé, je ne pense pas que leur contrôle par l'exécutif touche à ce qui doit être considéré comme l'une des conditions essentielles de l'indépendance judiciaire pour les fins de l'al. 11d) de la *Charte*.

Selon moi, cet énoncé reconnaît qu'à un certain point, des éléments de la rémunération judiciaire seront entre les mains d'une autre partie, qui pourrait être l'exécutif. Bien que, dans le meilleur des mondes, cela pourrait ne pas être le cas, une telle possibilité de pouvoir discrectionnaire n'est pas suffisante pour constituer une «ingérence[...] arbitraire[...] de l'exécutif, d'une manière qui pourrait affecter l'indépendance judiciaire» et ainsi susciter une crainte raisonnable que la condition essentielle de la sécurité financière n'ait pas été respectée à l'époque du procès de l'appelant.

Institutional Independence

The final essential condition as articulated by Le Dain J. is "institutional independence" which he defines as "the institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function" (*Valente, supra*, at p. 708).

Unless I misapprehend his position, Lamer C.J. finds numerous provisions in the *National Defence Act* and its regulations problematic and tending to show that this final criterion was not being fulfilled by the structure as it existed. Particularly offensive, in his view, was the dual role played by the convening authority who, as a member of the executive, decided when a General Court Martial would take place, the number of members who would take part in it, and appointed the prosecutor with the concurrence of the Judge Advocate General (arts. 111.05 and 111.23 Q.R. & O.). It is also repugnant to s. 11(d), he argues, that the Judge Advocate General (another member of the executive) appointed the judge advocate. Such institutional links, in his opinion, undermined the scheme to a point where a reasonable person would question the independence of the court.

As was the case with the conditions of security of tenure and financial security, I regret to say that I am unable to accede to his conclusion. I would begin by pointing out that this Court has recently recognized, in so far as the s. 11(d) guarantee to be tried by an independent and impartial tribunal is concerned, that it is unrealistic to demand the utter separation of the judiciary from the other branches of government. I recognize that some pronouncements of this Court may appear to go in the opposite direction, most notably perhaps those contained in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, where, at p. 69, Dickson C.J. remarks:

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider — be it government, pressure group, individual or even another judge — should interfere in fact, or attempt to interfere, with the

L'indépendance institutionnelle

La dernière condition essentielle énoncée par le juge Le Dain est «l'indépendance institutionnelle» qu'il définit comme «l'indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires» (*Valente, précité*, à la p. 708).

À moins que je ne me méprenne sur son point de vue, le juge en chef Lamer est d'avis que la *Loi sur la défense nationale* et son règlement d'application contiennent nombre de dispositions qui causent des problèmes et tendent à démontrer que la structure qui existait n'a pas satisfait à ce dernier critère. Il trouve particulièrement choquant le double rôle joué par l'autorité convocatrice qui, à titre de membre de l'exécutif, a décidé quand siégerait une cour martiale générale, du nombre des membres qui la composerait et a nommé le procureur à charge avec l'assentiment du juge-avocat général (art. 111.05 et 111.23 O.R.F.C.). Il soutient qu'il est également contraire à l'al. 11d) que le juge-avocat général (un autre membre de l'exécutif) ait nommé le juge-avocat. À son avis, de tels liens institutionnels ont sapé le régime à un point tel qu'une personne raisonnable mettrait en question l'indépendance du tribunal.

Comme pour les conditions de l'inamovibilité et de la sécurité financière, je suis, avec regret, incapable de souscrire à sa conclusion. Je tiens d'abord à souligner que notre Cour a récemment reconnu, en ce qui a trait à la garantie que confère l'al. 11d) d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial, qu'il n'est pas réaliste d'exiger la séparation absolue du pouvoir judiciaire des autres organes du gouvernement. Je reconnais que certains arrêts de notre Cour peuvent paraître aller dans une direction contraire, plus particulièrement l'arrêt *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, où, à la p. 69, le juge en chef Dickson fait remarquer:

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même

way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence.

However, when the issue was once again before this Court in *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, McLachlin J. took care to clarify the position. At page 827 she states:

It is important to note that what is proposed in *Beauregard v. Canada* is not the absolute separation of the judiciary, in the sense of total absence of relations from the other branches of government, but separation of its authority and function. It is impossible to conceive of a judiciary devoid of any relationship to the legislative and executive branches of government. Statutes govern the appointment and retirement of judges; laws dictate the terms upon which they sit and are remunerated. Parliament retains the power to impeach federally-appointed judges for cause, and enactments such as the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, stipulate on such matters as the number of judges required for a quorum. It is inevitable and necessary that relations of this sort exist between the judicial and legislative branches of government. [Emphasis in original.]

Similar sentiments are expressed by Lamer C.J. in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114. In assessing the constitutional validity of a Quebec statute which permitted part-time municipal court judges to continue to practice as lawyers, he notes at p. 142:

I admit that a system which allows for part-time judges is not the ideal system. However, the Constitution does not always guarantee the "ideal". Perhaps the ideal system would be to have a panel of three or five judges hearing every case; that may be the ideal, but it certainly cannot be said to be constitutionally guaranteed. [Emphasis in original.]

On the basis of these remarks, it is apparent to me that absolute separation of a given tribunal from the executive is not to be expected. The question then becomes: what degree of connection between the executive and those who exercise a judicial role is permitted by the *Charter*?

un autre juge ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire.

^a Toutefois, lorsque la question a été de nouveau posée à notre Cour dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, le juge McLachlin a pris soin de clarifier cette position. À la p. 827, elle écrit:

Il importe de souligner que, dans l'arrêt *Beauregard c. Canada*, on propose non pas la séparation absolue du pouvoir judiciaire, dans le sens d'une absence totale de rapports avec les autres organes du gouvernement, mais une séparation de ses pouvoirs et fonctions. Il est impossible de concevoir un pouvoir judiciaire dénué de tout rapport avec les pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement. Les lois régissent la nomination et la mise à la retraite des juges; elles dictent les modalités de l'exercice de leurs fonctions et de leur rémunération. Le Parlement détient le pouvoir de destituer pour un motif déterminé les juges nommés par le fédéral, et des textes de loi comme la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19, traitent de matières telles que le nombre de juges requis pour qu'il y ait quorum. Des relations de ce genre sont inévitables et nécessaires entre les organes judiciaire et législatif du gouvernement. [Souligné dans l'original.]

^f Le juge en chef Lamer exprime des sentiments semblables dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114. Évaluant la constitutionnalité d'une loi québécoise qui permettait à des juges à temps partiel de la Cour municipale de continuer à pratiquer le droit, il souligne, à la p. 142:

^h J'admets que le système qui permet d'avoir des juges à temps partiel n'est pas le système idéal. Toutefois, la Constitution ne garantit pas toujours la situation «idéale». Le système idéal pourrait peut-être consister en une formation de trois ou cinq juges qui entendraient chaque affaire; c'est peut-être là l'idéal, mais on ne peut certainement pas dire que la Constitution le garantit. [Souligné dans l'original.]

^j Compte tenu de ces remarques, il me semble qu'il ne faut pas s'attendre à la séparation absolue d'un tribunal donné d'avec l'exécutif. La question est alors la suivante: quel lien la *Charte* autorise-t-elle entre l'exécutif et ceux qui jouent un rôle judiciaire?

It is at this point that the context in which this appeal arises becomes extremely significant. One must not lose sight of the fact that the judicial role being exercised in the case at bar is being exercised under the purview of the Canadian Armed Forces and at issue is the independence of a military tribunal. This means, as I have established earlier in these reasons, that it is essential both that discipline be maintained and that alleged instances of non-adherence to rules be tried by other members of the military. Section 11(d) might not condone a civilian system of justice where the same body which appointed the prosecutor also appoints the triers of fact, or where the executive and the presiding judge maintain close ties. However, in the context of the Armed Forces, these characteristics may well be a necessary part of the chain of command which, when followed link by link, ultimately leads to the same destination no matter where one begins. Hence, in my opinion, the *Charter* permits a sufficient degree of connection between the executive and the participants of a General Court Martial such that the third criterion of institutional independence was satisfied at the time of the appellant's trial.

By way of addendum, I wish to respond to the reasons of *Stevenson J.* which I have lately had the opportunity to read. I understand his position to be more functional in approach, demanding, in the framework of the criterion of institutional independence, that anyone with an interest in seeing the prosecution fail or succeed not be in a position to influence the proceedings. Consequently, in his view, the appointment of the prosecutor by the convening authority resulted in a violation of the appellant's rights under s. 11(d) of the *Charter*. In the framework of the criterion of financial security his view is that persons with an interest in the outcome of a particular case may have been in a position to reward or punish decisions favourable or unfavourable to them. Presumably this also amounted to a *Charter* violation. I respectfully disagree with his reasoning on both these points.

With respect to financial security, I am of the view that, as was the case with the deficiencies perceived by the Chief Justice, the difficulties

C'est ici que devient extrêmement important le contexte du présent pourvoi. Il ne faut pas perdre de vue le fait que le rôle judiciaire est joué en l'es-pèce dans le cadre des Forces armées canadiennes et que c'est la question de l'indépendance d'un tribunal militaire qui est soulevée. Cela signifie, comme je l'ai déjà dit, qu'il est essentiel que ce soient d'autres membres des Forces armées qui veillent au maintien de la discipline et qui jugent les allégations de non-respect des règles. Il se pourrait que l'al. 11d) ne tolère pas un système de justice civil où le même organisme qui a nommé le procureur à charge nomme également le juge des faits, ou dans lequel l'exécutif et le juge qui préside entretiendraient des liens étroits. Toutefois, dans le contexte des Forces armées, ces caractéristiques peuvent très bien constituer une partie nécessaire de la chaîne de commandement qui, lorsqu'elle est suivie maillon par maillon, conduit finalement à la même destination peu importe où l'on commence. Donc, à mon avis, la *Charte* autorise un lien suffisant entre l'exécutif et les participants à une cour martiale générale pour que le troisième critère de l'indépendance institutionnelle ait été respecté à l'époque du procès de l'appelant.

J'aimerais ajouter quelques remarques en réponse aux motifs du juge *Stevenson* que j'ai eu l'occasion de lire dernièrement. Si je comprends bien, sa position est plus fonctionnelle; elle exige, dans le cadre du critère de l'indépendance institutionnelle, que celui qui a intérêt à ce que la poursuite échoue ou réussisse ne soit pas en mesure d'influencer les procédures. Par conséquent, à son avis, la nomination du procureur à charge par l'autorité convocatrice a violé les droits que l'al. 11d) de la *Charte* garantit à l'appelant. Dans le cadre du critère de la sécurité financière, selon lui, ceux qui avaient un intérêt dans l'issue d'une affaire donnée auraient pu être en mesure de récompenser ou de punir pour des décisions qui leur étaient favorables ou défavorables, selon le cas, ce qui équivaldrait aussi à une violation de la *Charte*. Avec respect, je ne partage pas son raisonnement sur ces deux points.

Quant à la sécurité financière, je suis d'avis que, comme c'est le cas pour les lacunes décelées par le Juge en chef, les préoccupations du juge *Stevenson*

expressed by Stevenson J. were contemplated and dismissed by Le Dain J. in *Valente*. I have already quoted an extract from that case to the effect that while ideally no elements of judicial remuneration would ever be in the hands of another party, such discretion is not necessarily sufficient to constitute a violation of s. 11(d). There is no need for me to recite that passage again here. Suffice it to say that I am of the view that it is also applicable to the concerns expressed by Stevenson J.

Turning then to institutional independence, I would reiterate my view relating to the importance of context. It must be remembered that the appellant's trial was taking place within the military and that the problems identified by my colleague are, to my mind, part and parcel of that context. While I might entertain doubts as to the constitutionality of a civilian system of justice where the entity who convenes the court also appoints the prosecutor, I feel that the constitutional standard applicable in the civilian world is wholly inapplicable to measuring a trial by General Court Martial. In short, I remain unpersuaded that the rights of the appellant were violated by the scheme under which he was tried.

Conclusion

On the basis of the preceding analysis, I am of the view that there was no violation of the appellant's rights as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. With respect to the alternative arguments advanced by the appellant, I agree with the Chief Justice that in these circumstances the guarantees offered by s. 7 of the *Charter* cannot be of more assistance to him than those contained in the more specific s. 11(d). I am also of the view, again for the reasons expressed by Lamer C.J., that the appellant is unable to avail himself of s. 15 of the *Charter* and that the evidence obtained was properly admitted at trial and ought not to have been excluded pursuant to s. 24(2). It is not necessary for me to consider s. 1 of the *Charter*.

I would accordingly dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

ont été envisagées et écartées par le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente*. J'ai déjà cité un extrait de cet arrêt suivant lequel, bien qu'idéalement aucun élément de la rémunération judiciaire ne devrait être entre les mains d'une autre partie, l'existence de pareil pouvoir discrétionnaire n'est pas nécessairement suffisante pour qu'il y ait violation de l'al. 11d) et il n'y a pas lieu de citer de nouveau ce passage. Qu'il suffise de dire que je suis d'avis qu'il est également applicable aux préoccupations exprimées par le juge Stevenson.

Pour ce qui est de l'indépendance institutionnelle, je me reporte de nouveau à l'importance du contexte. Il faut se rappeler que le procès de l'appelant s'est déroulé à l'intérieur des Forces armées et que les problèmes identifiés par mon collègue font, à mon sens, partie intégrante de ce contexte. Bien que je puisse avoir des doutes quant à la constitutionnalité d'un système civil de justice où l'entité qui convoque la cour nomme également le procureur à charge, j'estime que la norme constitutionnelle applicable dans le monde civil est tout à fait inapplicable pour évaluer un procès devant une cour martiale générale. Bref, je ne puis me convaincre que le régime en vertu duquel l'appelant a subi son procès a violé ses droits.

Conclusion

Compte tenu de l'analyse qui précède, je suis d'avis qu'il n'y a eu aucune violation des droits que l'al. 11d) de la *Charte* garantit à l'appelant. En ce qui a trait aux arguments subsidiaires avancés par l'appelant, je souscris à l'opinion du Juge en chef que, dans ces circonstances, les garanties conférées par l'art. 7 de la *Charte* ne peuvent l'aider plus que celles contenues dans l'al. 11d) qui est plus précis. Je suis également d'avis, encore une fois pour les raisons exposées par le juge en chef Lamer, que l'appelant ne peut invoquer l'art. 15 de la *Charte* et que la preuve obtenue a été admise à bon droit au procès et ne devait pas être écartée en vertu du par. 24(2). Il ne m'est pas nécessaire d'examiner l'article premier de la *Charte*.

Par conséquent je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Do ss. 166 to 170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders, inasmuch as they allow an accused to be tried by General Court Martial, restrict the accused's right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is yes, are they reasonable limits in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

I need not answer this question.

3. Does s. 130 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, restrict the right to equality protected by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it confers jurisdiction over a person subject to the *National Defence Act* for offences pursuant to the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, as amended, thereby depriving the accused of the procedure normally applicable to such offences?

Answer: No.

4. If the answer to question 3 is yes, is it a reasonable limit in a free and democratic society and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

I need not answer this question.

Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fortin, Le Bouthillier, Québec; Poupart & Cournoyer, Montréal.

Solicitors for the respondent: Jean-Marc Aubry, Richard Morneau and Bernard Laprade, Ottawa.

1. Les articles 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et les Ordonnances et Règlements royaux, en ce qu'ils permettent le procès d'un accusé par une cour martiale générale, restreignent-ils le droit de l'accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'art. 7 et par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, sont-ils des limites raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il ne m'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Est-ce que l'art. 130 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, restreint le droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'il confère une juridiction sur une personne assujettie à la *Loi sur la défense nationale* au sujet d'infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1 et modifications, privant ainsi l'accusé de la procédure normalement applicable pour de telles infractions?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, est-il une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique et donc justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il ne m'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissident.

Procureurs de l'appellant: Fortin, Le Bouthillier, Québec; Poupart & Cournoyer, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Jean-Marc Aubry, Richard Morneau et Bernard Laprade, Ottawa.

Karen Ruth Forster *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FORSTER

File No.: 21624.

1991: June 5; 1992: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL APPEAL COURT OF CANADA

Constitutional law — Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — General Court Martial — Member of Canadian Armed Forces charged with being absent without leave and tried by General Court Martial — Whether structure of General Court Martial infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

Armed Forces — Service offences — Absence without leave — Mens rea — Officer not reporting to new posting and charged with being absent without leave — Officer honestly believing that she had resigned from Armed Forces — Honest mistake about legal consequences of her actions not a defence to charge — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 90, 150.

The accused, a commissioned officer in the Canadian Armed Forces, was relieved of her duties as Base Comptroller in Edmonton and received an "attached posting" in Ottawa. She did not report to her new posting and was arrested by the military police. She was later charged with being absent without leave contrary to s. 90 of the *National Defence Act*. At her trial before a General Court Martial, the accused testified that she did not attend at her new posting because, having submitted a letter of resignation, she honestly believed that she had resigned from the Armed Forces. The accused was convicted and her conviction was affirmed by the Court Martial Appeal Court. The main issue in this appeal is whether a General Court Martial is an independent and

Karen Ruth Forster *Appelante*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. FORSTER

^b N° du greffe: 21624.

1991: 5 juin; 1992: 13 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR MARTIALE DU CANADA

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cour martiale générale — Membre des Forces armées canadiennes accusée d'absence sans permission et jugée par une cour martiale générale — L'organisation de la cour martiale générale porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.*

^e *Forces armées — Infractions militaires — Absence sans permission — Mens rea — L'officier ne s'est pas présentée à son nouveau poste et a été accusée d'absence sans permission — L'officier croyait honnêtement qu'elle avait démissionné des Forces armées — Une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques de ses actes ne constitue pas un moyen de défense opposable à l'accusation — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 90, 150.*

^f ^g ^h ⁱ ^j L'accusée, un officier commissionné dans les Forces armées canadiennes, a été relevée de ses fonctions de contrôleur de la base à Edmonton et a été affectée temporairement à Ottawa. Elle ne s'est pas présentée à son nouveau poste et a été arrêtée par la police militaire. Elle a, par la suite, été accusée d'absence sans permission contrairement à l'art. 90 de la *Loi sur la défense nationale*. Lors de son procès devant une cour martiale générale, l'accusée a témoigné qu'elle ne s'était pas présentée à son nouveau poste parce que, comme elle avait remis une lettre de démission, elle croyait honnêtement avoir démissionné des Forces armées. L'accusée a été déclarée coupable et sa déclaration de culpabilité a été confirmée par la Cour d'appel de la cour martiale. Il

impartial tribunal for the purposes of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appeal also raises the question of whether the judge advocate erred in law in advising the General Court Martial of the requisite *mens rea* for the service offence of being absent without leave. ^a

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered. ^b

(1) *Section 11(d)*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: For the reasons given in *Généreux*, the structure and constitution of the General Court Martial, as it existed at the time of the accused's trial, did not meet the requirements of s. 11(d) of the *Charter*. The infringement of the accused's s. 11(d) right could not be justified under s. 1 of the *Charter*. ^d

Per La Forest, McLachlin and Stevenson JJ.: For the reasons given in *Généreux*, and subject to the reservations expressed there, the Chief Justice's disposition of the s. 11(d) issue is agreed with. ^e

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): For the reasons given in *Généreux*, the structure of the General Court Martial did not infringe the accused's right to be tried by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. ^e

(2) *Mens Rea*

Even assuming that absence without leave is a *mens rea* offence, the accused was shown to have the requisite mental state. She deliberately refrained from reporting to her new posting because of her failure to understand that she was under a continuing legal obligation to report for duty notwithstanding her purported resignation by letter from the Armed Forces. She was mistaken not about the factual context or the quality of her actions, but rather about their legal consequences. This is not a circumstance amounting to a defence. In the context of this appeal, it is not appropriate to determine ^j

s'agit principalement de déterminer en l'espèce si une cour martiale générale est un tribunal indépendant et impartial au sens de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pourvoi soulève également la question de savoir si le juge-avocat a commis une erreur de droit dans l'opinion qu'il a donnée à la cour martiale générale quant à la *mens rea* requise pour l'infraction militaire d'absence sans permission.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

(1) *L'alinéa 11d)*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Pour les raisons exposées dans l'affaire *Généreux*, l'organisation et la constitution de la cour martiale générale, telle qu'elle existait au moment du procès de l'accusée, ne respectait pas les exigences de l'al. 11d) de la *Charte*. L'atteinte au droit que l'al. 11d) garantit à l'accusée ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. ^c

Les juges La Forest, McLachlin et Stevenson: Pour les raisons exposées dans l'affaire *Généreux* et à l'exception des réserves qui y sont exprimées, il y a accord avec la façon dont le Juge en chef tranche la question de l'al. 11d). ^f

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Pour les motifs exposés dans l'affaire *Généreux*, l'organisation de la cour martiale générale n'a pas porté atteinte au droit de l'accusée d'être jugée par un tribunal indépendant et impartial, que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

(2) *La mens rea*

Même à supposer que l'absence sans permission soit une infraction qui exige la *mens rea*, il a été démontré que l'accusée avait l'état d'esprit requis. Elle s'est abstenue délibérément de se présenter à son nouveau poste parce qu'elle n'a pas compris qu'elle était toujours légalement tenue de se présenter à son poste, nonobstant ce qui était censé être sa démission écrite des Forces armées. Son erreur ne portait pas sur le contexte factuel ou sur la qualité de ses actes, mais plutôt sur leurs conséquences juridiques. Ce facteur n'offre pas un moyen de défense. Dans le contexte du présent pourvoi, il n'est ^h

whether an officially induced error as to the state of the law might constitute a defence.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Followed: *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; **referred to:** *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356; *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941.

By Stevenson J.

Followed: *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Généreux, [1992] 1 S.C.R. 259.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).
Canadian Forces Administrative Orders.

National Defence Act, R.S.C. 1970, c. N-4, ss. 23(1), 80, 128.

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 23(1), 90, 150, 166, 167, 168, 169, 170 [am. c. 31 (1st Supp.), s. 54].

Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision).

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (1989), 5 C.M.A.R. 6, dismissing the accused's appeal from her conviction on a charge of being absent without leave contrary to s. 90 of the *National Defence Act*. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Alexander D. Pringle and Alison Stewart, for the appellant.

Jean-Marc Aubry, Q.C., Richard Morneau, Bernard Laprade, Lt.-Col. K. S. Carter and Maj. M. H. Coulombe, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

pas approprié de déterminer si une erreur quant à l'état du droit provoquée par une personne en autorité peut constituer un moyen de défense.

a Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt suivi: *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; **arrêts mentionnés:** *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356; *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941.

Citée par le juge Stevenson

Arrêt suivi: *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259.

e

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Généreux, [1992] 1 R.C.S. 259.

d Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).
Loi sur la défense nationale, S.R.C. 1970, ch. N-4, art. 23(1), 80, 128.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 23(1), 90, 150, 166, 167, 168, 169, 170 [mod. ch. 31 (1^{er} suppl.), art. 54].

Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes.

Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision de 1968).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (1989), 5 C.A.C.M. 6, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusée contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'absence sans permission contrairement à l'art. 90 de la *Loi sur la défense nationale*. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Alexander D. Pringle et Alison Stewart, pour l'appelante.

Jean-Marc Aubry, c.r., Richard Morneau, Bernard Laprade, Lt.-col. K. S. Carter et Maj. M. H. Coulombe, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LAMER C.J.—

LE JUGE EN CHEF LAMER—

The Facts

The appellant, Ms. Forster, has been a commissioned officer in the Canadian Armed Forces since 1975. In June 1987, she and her husband were transferred to the C.A.F. Base in Edmonton, where the appellant assumed the position of Base Comptroller. Prior to her difficulties with a particular superior officer at Edmonton, she had an excellent service record. Her difficulties evidently began during this new posting.

On January 29, 1988, Colonel Buckham (the Edmonton Base Commander) relieved the appellant of her duties as Base Comptroller, apparently due to his concerns regarding her management methods. Colonel Buckham testified that the appellant was advised to remain at home until called to a specific duty. On February 9, Colonel Buckham sent a message to National Defence Headquarters, with a copy to Air Command, indicating the appellant was relieved of her duties as Base Comptroller. This same day, he also denied a redress of grievance that the appellant had submitted.

On February 15, 1988, the appellant was informed she had received an "attached posting" to the Directorate of Pay Services, Ottawa, her duties commencing February 19. This was subsequently changed to 8:00 a.m., March 15. The appellant did not report to her new posting on March 15, but remained at her home in Edmonton where she was arrested by military police on March 16. At the General Court Martial that followed, she gave the following explanation.

In early February 1988, the appellant had engaged civilian legal counsel, because after researching the *Canadian Forces Administrative Orders*, the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* ("Q.R. & O.") and the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (formerly R.S.C. 1970, c. N-4), she could not find any regulation or authority for Colonel Buckham to do

Les faits

L'appelante, M^{me} Forster, est officier commissionné dans les Forces armées canadiennes depuis 1975. En juin 1987, l'appelante et son mari ont été transférés à la base des Forces armées canadiennes à Edmonton où elle a occupé le poste de contrôleur de la base. Avant les difficultés qu'elle a éprouvées avec un officier supérieur à Edmonton, elle présentait des états de service excellents. Ses difficultés ont de toute évidence commencé pendant cette nouvelle affectation.

Le 29 janvier 1988, le colonel Buckham, commandant de la base d'Edmonton, a relevé l'appelante de ses fonctions de contrôleur de la base, apparemment parce qu'il était préoccupé par ses méthodes de gestion. Le colonel Buckham a témoigné que l'appelante avait été avisée de demeurer chez elle jusqu'à ce qu'on lui assigne des fonctions particulières. Le 9 février, le colonel Buckham a envoyé un message au quartier général de la Défense nationale, ainsi qu'une copie au Commandement aérien, indiquant que l'appelante était relevée de ses fonctions de contrôleur de la base. Le même jour, il a rejeté un grief que l'appelante avait présenté.

Le 15 février 1988, l'appelante a été avisée qu'elle était affectée temporairement à la direction des services de la solde, à Ottawa, et que son entrée en fonctions était fixée au 19 février, ce qui, plus tard, été reporté à 8 h le 15 mars. L'appelante ne s'est pas présentée à son nouveau poste le 15 mars, préférant rester chez elle à Edmonton où la police militaire l'a arrêtée le 16 mars. Devant la cour martiale générale, elle a plus tard donné l'explication qui suit.

Au début de février 1988, l'appelante avait retenu les services d'un avocat civil parce que, après avoir effectué des recherches dans les *Ordonnances administratives applicables aux Forces canadiennes*, les *Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* («O.R.F.C.») et la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 (auparavant S.R.C. 1970,

what he had done. On February 18, her counsel wrote a letter to Colonel Buckham, which stated:

Maj. Forster has no alternative but to treat these circumstances as a constructive dismissal of her employment from the Armed Forces.

On February 23, 1988, the appellant attended a meeting with Colonel Buckham, at which they discussed this letter. The appellant's request that her lawyer be present at this meeting was denied.

According to the appellant, she was told that she could not simply resign from the Armed Forces and that if she did not report for duty in Ottawa she could face charges under the *National Defence Act*. She was also advised to bring certain sections of the Act to the attention of her lawyer. However, the appellant further testified that at this meeting "[t]he invitation was extended to me by the Base Commander [Colonel Buckham] that I could, if I so wished, tender my release voluntarily at that point. . . . Eventually I did tender my resignation, my lawyer sent a letter." With respect to this meeting, Colonel Buckham testified:

In order to prevent what appeared to be a collision course with the Code of Service Discipline, I convened the meeting on the 23rd of February to lay out very clearly and explicitly, with a witness present so that there was no misunderstanding, just how serious a situation she was putting herself in. Indeed, with Major Gouin's assistance, we even brought to her attention the particular sections of the National Defence Act that applied to her and that would apply. . . .

On March 10, 1988, the appellant's lawyer sent a second letter, this time to the Commander of Air Command, indicating that the appellant "hereby resigns her position from the Armed Forces effective Monday, March 14, 1988".

The appellant testified that she did not attend at her posting in Ottawa because she had resigned. She felt this was her right, particularly because Colonel Buckham had told her at the meeting on

ch. N-4), elle n'avait pu trouver aucune disposition qui autorisait le colonel Buckham à agir comme il l'avait fait. Le 18 février, son avocat a adressé une lettre au colonel Buckham, disant:

[TRADUCTION] Le major Forster n'a d'autre choix que de considérer cette situation comme un congédiement implicite des Forces armées.

Le 23 février 1988, l'appelante a participé à une rencontre avec le colonel Buckham au cours de laquelle ils ont discuté de cette lettre. La demande de l'appelante que son avocat assiste à la rencontre a été rejetée.

Selon l'appelante, on lui a dit qu'elle ne pouvait pas simplement démissionner des Forces armées et que, si elle ne se présentait pas au travail à Ottawa, elle pourrait faire l'objet d'accusations en vertu de la *Loi sur la défense nationale*. On l'a également avisée de porter certains articles de la Loi à l'attention de son avocat. Cependant, l'appelante a ajouté qu'à cette rencontre [TRADUCTION] «[l]e commandant de la base [le colonel Buckham] m'a invitée, si je le désirais, à offrir volontairement ma démission à ce moment-là. [. . .] Finalement, j'ai offert ma démission, mon avocat a envoyé une lettre.» Concernant cette rencontre, le colonel Buckham a dit, dans son témoignage:

[TRADUCTION] Pour prévenir ce qui semblait être un accroc au Code de discipline militaire, j'ai organisé la rencontre du 23 février pour lui exposer très clairement et explicitement, en la présence d'un témoin pour qu'il n'y ait pas de malentendu, toute la gravité de la situation dans laquelle elle se plaçait. En fait, avec l'aide du major Gouin, nous avons même porté à son attention les articles particuliers de la Loi sur la défense nationale qui s'appliquaient à son cas et qui s'appliqueraient . . .

Le 10 mars 1988, l'avocat de l'appelante a envoyé une seconde lettre, cette fois au commandant du Commandement aérien, indiquant que l'appelante [TRADUCTION] «démissionne, par la présente, de son poste au sein des Forces armées à compter du lundi 14 mars 1988».

L'appelante a témoigné ne pas s'être présentée à son poste à Ottawa parce qu'elle avait démissionné. Elle croyait que c'était son droit, étant donné, particulièrement, que le colonel Buckham

February 23, 1988, that she could tender her release voluntarily. She testified that she did not intend to commit any offence, and that she believed that her resignation absolved her of the requirement of attending the posting in Ottawa.

On May 2, 1988, the appellant was convicted by a General Court Martial at Canadian Forces Base Edmonton on a charge of being absent without leave (s. 90 of the *National Defence Act* (formerly s. 80)). The judge advocate rejected her objections to the constitution and structure of the General Court Martial based on s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant's appeal to the Court Martial Appeal Court of Canada was unanimously dismissed: (1989), 5 C.M.A.R. 6.

Issues

On March 1, 1990, Ms. Forster's application for leave to appeal to this Court was granted, [1990] 1 S.C.R. vii. By Order dated September 17, 1990, the following constitutional questions were stated by Cory J.:

1. Does the trial of an accused by General Court Martial constituted pursuant to ss. 166-170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders infringe or deny the accused's right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, is the trial of an accused by General Court Martial constituted pursuant to ss. 166-170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellant was also granted leave to appeal on the question of whether the judge advocate erred in law in advising the General Court Martial of the requisite *mens rea* for the service offence of being absent without leave.

lui avait dit à la rencontre du 23 février 1988 qu'elle pouvait offrir volontairement sa démission. Elle a témoigné qu'elle n'avait pas l'intention de commettre une infraction et qu'elle croyait que sa démission la dégageait de l'obligation de se présenter au poste à Ottawa.

Le 2 mai 1988, une cour martiale générale, à la base des Forces canadiennes d'Edmonton, a reconnu l'appelante coupable d'absence sans permission (art. 90 de la *Loi sur la défense nationale* (auparavant l'art. 80)). Le juge-avocat a rejeté ses objections à la constitution et à l'organisation de la cour martiale générale fondées sur l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de la cour martiale du Canada a rejeté, à l'unanimité, l'appel de l'appelante: (1989), 5 C.A.C.M. 6.

Les questions en litige

La demande de M^{me} Forster visant à obtenir l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a été accordée le 1^{er} mars 1990, [1990] 1 R.C.S. vii. Le 17 septembre 1990, le juge Cory a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le procès d'un accusé par une cour martiale générale constituée en vertu des art. 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et des Ordonnances et Règlements royaux, porte-t-il atteinte au droit de l'accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le procès d'un accusé par une cour martiale générale constituée en vertu des art. 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et des Ordonnances et Règlements royaux, est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

L'appelante a également obtenu l'autorisation de se pourvoir sur la question de savoir si le juge-avocat a commis une erreur de droit dans l'opinion qu'il a donnée à la cour martiale générale quant à la *mens rea* requise pour l'infraction militaire d'absence sans permission.

Relevant Statutory Provisions

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5

23. (1) The enrolment of a person binds the person to serve in the Canadian Forces until the person is, in accordance with regulations, lawfully released.

90. (1) Every person who absents himself without leave is guilty of an offence and on conviction is liable to imprisonment for less than two years or to less punishment.

(2) A person absents himself without leave who

(a) without authority leaves his place of duty;

(b) without authority is absent from his place of duty; or

(c) having been authorized to be absent from his place of duty, fails to return to his place of duty at the expiration of the period for which the absence of that person was authorized.

150. The fact that a person is ignorant of the provisions of this Act, or of any regulations or of any order or instruction duly notified under this Act, is no excuse for any offence committed by the person.

Analysis

This appeal was heard at the same time as the appeal in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259. The s. 11(d) *Charter* issue raised by the appellant Forster is the same as that raised by the appellant Généreux, and falls to be decided on the same principles. This Court concluded in *Généreux* that the structure and constitution of the General Court Martial, as it existed at the time of the appellants' trials, did not comply with the requirements of s. 11(d) of the *Charter*. It follows that the appellant Forster's appeal must also be allowed and a new trial ordered. This in itself is sufficient to dispose of this appeal.

It is not therefore necessary to deal with the *mens rea* issue raised by the appellant. However, since this matter will be sent back for a new trial I consider it appropriate to deal with this question as well. The appellant did not contend before us that her purported resignation from the Canadian Forces was legally effective. What she claims is

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5

23. (1) Toute personne enrôlée dans les Forces canadiennes est obligée d'y servir jusqu'à ce qu'elle en soit légalement libérée, en conformité avec les règlements.

90. (1) Quiconque s'absente sans permission commet une infraction et, sur déclaration de culpabilité, encourt comme peine maximale un emprisonnement de moins de deux ans.

(2) S'absente sans permission quiconque:

a) sans autorisation, quitte son poste;

b) sans autorisation, est absent de son poste;

c) ayant été autorisé à s'absenter, ne rejoint pas son poste à l'expiration de la période d'absence autorisée.

150. Le fait d'ignorer les dispositions de la présente loi, de ses règlements ou des ordonnances ou directives dûment notifiées sous son régime ne constitue pas une excuse pour la perpétration d'une infraction.

Analyse

Ce pourvoi a été entendu en même temps que le pourvoi *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259. La question relative à l'al. 11d) de la *Charte* soulevée par l'appelante Forster est la même que celle soulevée par l'appelant Généreux, et sa solution repose sur les mêmes principes. Notre Cour a conclu dans l'arrêt *Généreux* que l'organisation et la constitution de la cour martiale générale, telle qu'elle existait au moment des procès des appelants, ne respectaient pas les exigences de l'al. 11d) de la *Charte*. Il s'ensuit que le pourvoi de l'appelante Forster doit également être accueilli et qu'un nouveau procès doit être ordonné. Cela suffit en soi pour trancher le présent pourvoi.

Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de la *mens rea* soulevée par l'appelante. Cependant, puisque cette affaire fera l'objet d'un nouveau procès, j'estime qu'il convient de traiter également cette question. L'appelante n'a pas prétendu devant nous que ce qui était censé être sa démission des Forces canadiennes avait un effet

that she honestly believed that she had resigned from the Forces, and that because of this she did not possess the requisite *mens rea* for the offence under s. 90 of the *National Defence Act* of being absent without leave. In my opinion, this submission can be dealt with very briefly. Even if we take the appellant's assertions about her beliefs at face value, she did not labour under any mistake about what she in fact did: she deliberately refrained from reporting to her new posting in Ottawa. Instead, she was mistaken about the legal consequences of her actions, because of her failure to understand that she was under a continuing legal obligation to report for duty notwithstanding her purported resignation by letter from the Forces. Thus, while she may not have intended to commit any offence under military law, this lack of intention flowed from her mistake as to the continuing legal obligation to report for duty which that regime imposed upon her until properly released from service in accordance with the Q.R. & O.

It is a principle of our criminal law that an honest but mistaken belief in respect of the legal consequences of one's deliberate actions does not furnish a defence to a criminal charge, even when the mistake cannot be attributed to the negligence of the accused: *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356. This Court recently reaffirmed in *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, at p. 960, the principle that knowledge that one's actions are contrary to the law is not a component of the *mens rea* for an offence, and consequently does not operate as a defence.

I do not rule out the possibility that, in an appropriate case, an officially induced error as to the state of the law might constitute a defence. However, I do not consider that it would be appropriate to rule on this question in the context of this appeal. At trial, defence counsel did raise the possibility of a defence based on an officially induced error of law. However, the precise theory advanced by the defence was somewhat unclear, and, in any case, the judge advocate concluded that there was

sur le plan juridique. Elle prétend qu'elle croyait honnêtement qu'elle avait démissionné des Forces et que, de ce fait, elle n'avait pas la *mens rea* requise pour l'infraction d'absence sans permission visée à l'art. 90 de la *Loi sur la défense nationale*. À mon avis, on peut répondre à cet argument très brièvement. Même si nous acceptons telles quelles les affirmations de l'appelante au sujet de ce qu'elle croyait, ce n'est pas par erreur qu'elle a fait ce qu'elle a fait: elle s'est abstenue délibérément de se présenter à son nouveau poste à Ottawa. Son erreur a plutôt porté sur les conséquences juridiques de ses actes, parce qu'elle n'a pas compris qu'elle était toujours légalement tenue de se présenter à son poste, nonobstant ce qui était censé être sa démission écrite des Forces. Ainsi, bien qu'il se puisse qu'elle n'ait pas eu l'intention de commettre une infraction au droit militaire, cette absence d'intention résulte de son erreur quant à l'obligation juridique, qui lui incombait toujours de se présenter à son poste, que ce régime lui imposait jusqu'à ce qu'elle soit dûment libérée des Forces armées conformément aux O.R.F.C.

Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé: *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356. Récemment, dans l'arrêt *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, à la p. 960, notre Cour a réaffirmé le principe que le fait de savoir que les actes qu'on accomplit sont contraires à la loi ne constitue pas un élément de la *mens rea* d'une infraction et ne peut donc pas servir de moyen de défense.

Je n'écarte pas la possibilité que, dans un cas approprié, une erreur quant à l'état du droit provoquée par une personne en autorité puisse constituer un moyen de défense. Toutefois, je ne considère pas qu'il serait approprié de trancher cette question dans le contexte du présent pourvoi. Au procès, l'avocat de la défense a bien soulevé la possibilité d'un moyen de défense fondé sur une erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Cependant, la théorie précisément avancée par la

no evidence to support such a defence, even if it existed. Defence counsel expressed complete satisfaction with the judge advocate's re-charge, in which he repeated that there was no evidence to support a defence based on officially induced error. Consequently, the triers of fact received no instructions with respect to a possible defence of officially induced error of law, and made no finding as to whether it was supported by the evidence.

Before this Court, the appellant in her statement of facts says that she relied upon certain remarks made to her by Colonel Buckham at the meeting of February, 1988 which led her to believe she could resign from the Forces as she did. However, in argument the theory of officially induced error was not pressed and it is unclear whether, or to what extent, it was relied upon. Rather than attempt to unravel the somewhat confusing record, the availability of a defence of officially induced error of law, and whether such a defence arises on the facts of this case, should be left to be ruled upon, if raised, at a new trial.

In view of the above, it is not necessary to decide whether the offence of absence without leave is a *mens rea* offence or an offence of strict liability, for which the required mental state could simply be negligence. At trial, the appellant took the position, with which the judge advocate agreed, that absence without leave is a *mens rea* offence, not an offence of strict liability. Before this Court, she argues that the judge advocate's charge may not have made this sufficiently clear. I am not convinced that the appellant is entitled to raise this issue at all, considering that her counsel at trial stated that he was "totally satisfied" with the re-charge given by the judge advocate in response to defence counsel's objections to the

défense était quelque peu vague et, quoi qu'il en soit, le juge-avocat a conclu qu'il n'y avait pas d'élément de preuve justifiant le recours à ce moyen de défense, même s'il existait. L'avocat de la défense a affirmé qu'il était entièrement satisfait du nouvel exposé du juge-avocat dans lequel celui-ci a répété qu'il n'y avait pas d'élément de preuve justifiant le recours à un moyen de défense fondé sur une erreur provoquée par une personne en autorité. Par conséquent, les juges des faits n'ont reçu aucune directive relativement à la possibilité d'invoquer le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et ils n'ont tiré aucune conclusion quant à savoir s'il était justifié par la preuve.

Dans son exposé des faits soumis à notre Cour, l'appelante dit s'être fondée sur certaines remarques que lui a faites le colonel Buckham lors de la rencontre de février 1988, qui l'ont amenée à croire qu'elle pouvait démissionner des Forces comme elle l'a fait. Dans les plaidoiries, toutefois, on n'a pas insisté sur l'erreur provoquée par une personne en autorité et il n'est pas certain si on l'a invoquée ou dans quelle mesure on l'a fait. Plutôt que de tenter d'éclaircir ce dossier quelque peu embrouillé, on devrait laisser au juge du nouveau procès le soin de se prononcer, si ces points sont soulevés, sur la possibilité d'invoquer le moyen de défense d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et sur la question de savoir s'il y a lieu de le faire d'après les faits de l'espèce.

Compte tenu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de décider si l'infraction d'absence sans permission est une infraction qui exige la *mens rea* ou une infraction de responsabilité stricte, pour laquelle l'état d'esprit requis pourrait simplement être la négligence. Au procès, l'appelante s'est dite d'avis, ce avec quoi le juge-avocat s'est dit d'accord, que l'absence sans permission est une infraction qui exige la *mens rea* et non une infraction de responsabilité stricte. L'appelante allègue devant nous qu'il se peut que, dans son exposé, le juge-avocat n'ait pas dit cela de façon suffisamment claire. Je ne suis pas convaincu que l'appelante ait le droit de soulever cette question étant donné que son avocat au procès a dit qu'il était [TRADUCTION]

part of the charge dealing with *mens rea*. Moreover, it is arguable that the offence of absence without leave is not a *mens rea* offence.

However, it is not necessary for me to decide this issue, because even assuming that absence without leave is a *mens rea* offence, the appellant was shown to have the requisite mental state. She was mistaken not about the factual context or the quality of her actions, but rather about their legal consequences. Without considering the possibility of a defence based on officially induced error of law, this is not a circumstance amounting to a defence.

Disposition

For the reasons stated above, the appellant's appeal is allowed and a new trial is ordered.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the trial of an accused by General Court Martial constituted pursuant to ss. 166-170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders infringe or deny the accused's right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is the trial of an accused by General Court Martial constituted pursuant to ss. 166-170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No.

«entièrement satisfait» du nouvel exposé qu'avait présenté le juge-avocat en réponse à ses objections contre la partie de l'exposé qui traitait de la *mens rea*. De plus, on pourrait soutenir que l'infraction d'absence sans permission n'est pas une infraction qui exige la *mens rea*.

Il ne m'est cependant pas nécessaire de trancher cette question parce que, même à supposer que l'absence sans permission soit une infraction qui exige la *mens rea*, il a été démontré que l'appelante avait l'état d'esprit requis. Son erreur ne portait pas sur le contexte factuel ou sur la qualité de ses actes, mais plutôt sur leurs conséquences juridiques. Abstraction faite de la possibilité qu'existe un moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité, ce facteur n'offre pas un moyen de défense.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi de l'appelante est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Le procès d'un accusé par une cour martiale générale constituée en vertu des art. 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et des Ordonnances et Règlements royaux, porte-t-il atteinte au droit de l'accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le procès d'un accusé par une cour martiale générale constituée en vertu des art. 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et des Ordonnances et Règlements royaux, est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Non.

The reasons of La Forest, McLachlin, and Stevenson JJ. were delivered by

STEVENSON J.—For the reasons I gave in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, I agree with the Chief Justice's disposition of this appeal in so far as it is based on the s. 11(d) *Charter* issue, although I maintain the same reservations I expressed there on this issue. I also agree with the Chief Justice's disposition of the *mens rea* issue. I would accordingly dispose of the appeal in the manner proposed by the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have had the opportunity of reading the reasons of the Chief Justice. For the reasons I expressed in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, a case heard at the same time as the case at bar, I am of the view that the right of the appellant to be tried by an independent and impartial tribunal as guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not denied by the structure of the General Court Martial.

In so far as the issue of the requisite *mens rea* for the offence of being absent without leave is concerned, I agree with the views expressed by the Chief Justice.

Consequently, I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the trial of an accused by General Court Martial constituted pursuant to ss. 166-170 of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders infringe or deny the accused's right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is yes, is the trial of an accused by General Court Martial constituted pursuant to ss. 166-170 of the *National Defence Act*,

Version française des motifs des juges La Forest, McLachlin et Stevenson rendus par

LE JUGE STEVENSON—Pour les raisons que j'ai exposées dans *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, je suis d'accord avec la façon dont le Juge en chef tranche le présent pourvoi, dans la mesure où il est fondé sur la question de l'al. 11d) de la *Charte*. Cependant, je maintiens les mêmes réserves que j'y ai exprimées sur ce point. Je suis également d'accord avec la façon dont le Juge en chef statue sur la question de la *mens rea*. En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J'ai pris connaissance de l'opinion du Juge en chef. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'affaire *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, entendue en même temps que celle-ci, je suis d'avis que l'organisation de la cour martiale générale n'a pas porté atteinte au droit de l'appelante d'être jugée par un tribunal indépendant et impartial, que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En ce qui a trait à la question de la *mens rea* requise pour l'infraction d'absence sans permission, je souscris à l'opinion du Juge en chef.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Le procès d'un accusé par une cour martiale générale constituée en vertu des art. 166 à 170 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et des Ordonnances et Règlements royaux, porte-t-il atteinte au droit de l'accusé à un procès public et équitable par un tribunal indépendant et impartial, garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le procès d'un accusé par une cour martiale générale constituée en vertu des art. 166 à 170 de la *Loi sur la*

R.S.C., 1985, c. N-5, as amended, and the Queen's Regulations and Orders justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5 et modifications, et des Ordonnances et Règlements royaux, est-il justifié en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

I need not answer this question.

Il ne m'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Procureur de l'appelante: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Jean-Marc Aubry, Richard Morneau and Bernard Laprade, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Jean-Marc Aubry, Richard Morneau et Bernard Laprade, Ottawa.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1992 Vol. 1

3^e cahier, 1992 Vol. 1

Cited as [1992] 1 S.C.R. 351-526

Renvoi [1992] 1 R.C.S. 351-526

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

CONTENTS

Lapointe v. Hôpital Le Gardeur 351

Civil responsibility — Medical malpractice — Child severing artery and suffering extensive blood loss — Doctor at general hospital arranging to transfer child to paediatric hospital — Child later suffering cardio-respiratory arrest resulting in brain damage — Trial judge finding doctor not negligent — Court of Appeal reversing judgment — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

Physicians and surgeons — Medical malpractice — Child severing artery and suffering extensive blood loss — Doctor at general hospital arranging to transfer child to paediatric hospital — Child later suffering cardio-respiratory arrest resulting in brain damage — Trial judge finding doctor not negligent — Court of Appeal reversing judgment — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

Appeal — Role of appellate court — Trial judge finding doctor not liable for professional negligence — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

SOMMAIRE

Assoc. des assureurs-vie du Canada c. Assoc. provinciale des assureurs-vie du Québec 449

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Assurance — Titre conféré par une association d'assureurs-vie à charte fédérale — Pouvoir de réglementer une activité provinciale — Conférer et détenir un titre constitue un acte neutre qui n'est pas nécessairement lié à la réglementation d'une profession et qui n'est donc pas limité par le partage des pouvoirs — Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, ch. 104, art. 2e).

Lapointe c. Hôpital Le Gardeur 351

Responsabilité civile — Faute professionnelle — Enfant ayant subi une section de l'artère et une importante perte de sang — Le médecin de l'hôpital général a fait transférer l'enfant à l'hôpital pédiatrique — L'enfant a ultérieurement subi un arrêt cardiorespiratoire qui a entraîné une lésion cérébrale — Le juge de première instance a statué que le médecin n'avait pas été

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

- Lapointe v. Hôpital Le Gardeur** 382
Civil responsibility — Hospital — Action against doctor and hospital — No fault on part of doctor — Action against hospital dismissed.
- Life Underwriters Assn. of Canada v. Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters**..... 449
Constitutional law — Division of powers — Insurance — Life insurance agents association incorporated by federal statute conferring a title — Power to regulate activity provincial — Conferring and holding of a title a neutral act and not necessarily tied to regulation of a profession and therefore not constrained by division of powers — Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, c. 104, s. 2(e).
- Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec**..... 426
Civil procedure — Appeal — Incidental appeal — Appearance and declaration of incidental appeal filed with trial court office instead of Appeal Office — Motion for special leave to file appearance and declaration with Appeal Office made to Court of Appeal two years after trial judgment — Whether arts. 2 and 502 C.C.P. applicable — If not, whether Court of Appeal could exercise its discretionary power under art. 523 C.C.P. to correct defect in inscription of incidental appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 494, 499, 500, 502, 523.
- R. v. Butler** 452
Constitutional law — Freedom of expression — Obscenity — Obscene materials — Whether definition of obscenity in Criminal Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).
Criminal law — Obscenity — Obscene materials — Whether definition of obscenity in Criminal Code infringes freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).
- Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)**..... 385
Public Service — Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recommending security clearance — Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Whether Deputy Minister required to follow Committee's recommendation — Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 42, 52(1), (2).
Statutes — Interpretation — Public Service — Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recom-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

- négligent — La Cour d'appel a infirmé ce jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?
- Médecins et chirurgiens — Faute professionnelle — Enfant ayant subi une section de l'artère et une importante perte de sang — Le médecin de l'hôpital général a fait transférer l'enfant à l'hôpital pédiatrique — L'enfant a ultérieurement subi un arrêt cardiorespiratoire qui a entraîné une lésion cérébrale — Le juge de première instance a statué que le médecin n'avait pas été négligent — La Cour d'appel a infirmé ce jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?
- Appel — Rôle d'une cour d'appel — Le juge de première instance a statué que le médecin n'était pas responsable de négligence professionnelle — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?
- Lapointe c. Hôpital Le Gardeur** 382
Responsabilité civile — Hôpital — Action intentée contre un médecin et l'hôpital — Absence de faute de la part du médecin — Action contre l'hôpital rejetée.
- Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec**..... 426
Procédure civile — Appel — Appel incident — Comparution et déclaration de l'appel incident déposées au greffe de la cour de première instance au lieu du greffe des appels — Requête pour permission spéciale de produire la comparution et la déclaration au greffe des appels présentée à la Cour d'appel deux ans après le jugement de première instance — Les articles 2 et 502 C.p.c. sont-ils applicables en l'espèce? — Dans la négative, la Cour d'appel pouvait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 523 C.p.c. pour corriger le défaut dans l'inscription de l'appel incident? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 494, 499, 500, 502, 523.
- R. c. Butler** 452
Droit constitutionnel — Liberté d'expression — Obscénité — Matériel obscène — La définition de l'obscénité du Code criminel viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).
Droit criminel — Obscénité — Matériel obscène — La définition de l'obscénité du Code criminel viole-t-elle le droit à la liberté d'expression garanti à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).
- Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)** 385
Fonction publique — Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recom-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

mending security clearance — Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Meaning of word "recommendations" in Canadian Security Intelligence Service Act.

Administrative law — Natural justice — Right to be heard — Public Service — Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recommending security clearance — Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Candidate not given hearing by Deputy Minister — Whether denial of natural justice.

SOMMAIRE (Fin)

mandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Le sous-ministre est-il tenu de suivre la recommandation du comité? — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21, art. 42, 52(1), (2).

Législation — Interprétation — Fonction publique — Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recommandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Sens du mot "recommandations" dans la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité.

Droit administratif — Justice naturelle — Droit d'être entendu — Fonction publique — Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recommandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Le sous-ministre n'a pas entendu le candidat — Y a-t-il eu déni de justice naturelle?

Dr. Maurice Chevrette Appellant

v.

Gabrielle Imbeault-Lapointe and Paul-Émile Lapointe, in his personal capacity and as tutor to his minor daughter Nancy Lapointe Respondents

INDEXED AS: LAPOINTE v. HÔPITAL LE GARDEUR

File No.: 21697.

1991: October 3; 1992: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil responsibility — Medical malpractice — Child severing artery and suffering extensive blood loss — Doctor at general hospital arranging to transfer child to paediatric hospital — Child later suffering cardio-respiratory arrest resulting in brain damage — Trial judge finding doctor not negligent — Court of Appeal reversing judgment — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

Physicians and surgeons — Medical malpractice — Child severing artery and suffering extensive blood loss — Doctor at general hospital arranging to transfer child to paediatric hospital — Child later suffering cardio-respiratory arrest resulting in brain damage — Trial judge finding doctor not negligent — Court of Appeal reversing judgment — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

Appeal — Role of appellate court — Trial judge finding doctor not liable for professional negligence — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

Respondents' five-year-old daughter suffered a severe cut to her elbow which severed an artery and caused an extensive haemorrhage and blood loss. Her mother bound the arm tightly and took her to a local general hospital. The child was put in the care of the appellant,

D^r Maurice Chevrette Appellant

c.

Gabrielle Imbeault-Lapointe et Paul-Émile Lapointe personnellement et ès-qualités de tuteur à son enfant mineure Nancy Lapointe Intimés

RÉPERTORIÉ: LAPOINTE c. HÔPITAL LE GARDEUR

N^o du greffe: 21697.

1991: 3 octobre; 1992: 13 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Faute professionnelle — Enfant ayant subi une section de l'artère et une importante perte de sang — Le médecin de l'hôpital général a fait transférer l'enfant à l'hôpital pédiatrique — L'enfant a ultérieurement subi un arrêt cardiorespiratoire qui a entraîné une lésion cérébrale — Le juge de première instance a statué que le médecin n'avait pas été négligent — La Cour d'appel a infirmé ce jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?

Médecins et chirurgiens — Faute professionnelle — Enfant ayant subi une section de l'artère et une importante perte de sang — Le médecin de l'hôpital général a fait transférer l'enfant à l'hôpital pédiatrique — L'enfant a ultérieurement subi un arrêt cardiorespiratoire qui a entraîné une lésion cérébrale — Le juge de première instance a statué que le médecin n'avait pas été négligent — La Cour d'appel a infirmé ce jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?

Appel — Rôle d'une cour d'appel — Le juge de première instance a statué que le médecin n'était pas responsable de négligence professionnelle — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?

La fille des intimés, alors âgée de cinq ans, a subi une coupure grave à un coude qui a causé une section de l'artère et entraîné une forte hémorragie et une importante perte de sang. Sa mère a enroulé solidement un linge autour du bras de l'enfant et l'a amenée à un hôpi-

a
b
c
d
e
f
g

a general practitioner who was on call at the emergency room. He performed a vein dissection so that fluids could be replaced in the patient's body through an intravenous drip. Realizing, however, that he would be unable to repair the artery, the appellant did not proceed with a blood transfusion but decided to send her to a hospital specializing in paediatric care. He telephoned the paediatric hospital and spoke to a doctor on call in the emergency room, to whom he described the severity of the patient's injury, the treatment administered and the possibility of the child going into shock. He then wrote a transfer order which indicated that the patient was in a state of pre-shock, and dispatched the patient in an ambulance. After she arrived at the paediatric hospital, the child was seized with a massive cardio-respiratory arrest. She suffered a deficiency of oxygen to the brain and sustained irreversible brain damage, resulting in complete and permanent disability. Respondents brought an action against the appellant and the general hospital alleging malpractice. The trial judge found that the appellant had not been negligent and dismissed the action. The Court of Appeal, in a majority judgment, reversed the judgment. The issue before this Court was whether the Court of Appeal erred in overturning the trial judge's findings as regards (1) the appellant's decision to transfer the patient when he did; (2) his decision not to proceed with a blood analysis and transfusion before the transfer; and (3) the information he transmitted to the paediatric hospital regarding the patient's condition at the time of the transfer. In the companion case, *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 382, this Court dealt with the hospital's appeal.

Held: The appeal should be allowed.

h
i
j

An appellate court should not interfere with a trial judge's findings and conclusions of fact in the absence of a manifest error. The privileged position of the trial judge, who has had the benefit of seeing and hearing the witnesses, extends to the testimony of experts as well as ordinary witnesses. Findings of fact based on the credibility of witnesses should not be reversed unless the trial judge made some palpable and overriding error. In this case the trial judge made findings on the credibility of witnesses and gave reasons for his preference of the testimony of some over that of others. He found the appellant, unlike the doctor who first treated the child at the

tal général local. L'enfant a été confiée aux soins de l'appelant, omnipraticien, qui était de garde à la salle d'urgence. Il a procédé à une dissection veineuse pour remplacer les liquides dans le corps de l'enfant au moyen d'un goutte-à-goutte intraveineux. Toutefois, lorsqu'il s'est rendu compte qu'il ne pourrait réparer l'artère, l'appelant n'a pas procédé à une transfusion sanguine, mais a décidé de transférer l'enfant à un hôpital pédiatrique. Il a téléphoné à l'hôpital pédiatrique et parlé à un médecin de garde à la salle d'urgence, à qui il a décrit la gravité de la blessure de la patiente, le traitement administré ainsi que la possibilité que l'enfant tombe dans un état de choc. Il a alors rédigé une feuille de transfert sur laquelle il a indiqué que la patiente était dans un état de préchoc et l'a fait transférer par ambulance. Après son arrivée à l'hôpital pédiatrique, l'enfant a subi un important arrêt cardiorespiratoire. Elle a souffert d'un manque d'oxygène au cerveau et a subi une lésion cérébrale irréversible, entraînant une incapacité complète et permanente. Les intimés ont intenté une action pour faute professionnelle contre l'appelant et l'hôpital général. Le juge de première instance a statué que l'appelant n'avait pas été négligent et a rejeté l'action. La Cour d'appel, à la majorité, a infirmé le jugement. Il s'agit de déterminer en l'espèce si la Cour d'appel a commis une erreur en annulant les conclusions de fait du juge de première instance, plus particulièrement en ce qui concerne les points suivants: (1) la décision de l'appelant de transférer la patiente au moment où il l'a fait; (2) sa décision de ne pas procéder à une analyse du sang et à une transfusion avant le transfert; et (3) les renseignements qu'il a fournis à l'hôpital pédiatrique relativement à l'état de la patiente au moment du transfert. Notre Cour a statué sur le pourvoi de l'hôpital dans l'arrêt connexe, *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 382.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une cour d'appel ne doit pas modifier les déterminations et conclusions de fait d'un juge de première instance à moins d'erreur manifeste. La position privilégiée du juge de première instance, qui a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, s'étend aux témoignages des témoins experts en plus de ceux des témoins ordinaires. Les constatations de fait fondées sur la crédibilité des témoins ne doivent pas être infirmées, sauf si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante. En l'espèce, le juge de première instance a tiré des conclusions sur la crédibilité des témoins et a indiqué pourquoi il préférerait certains témoignages à d'autres. Il a conclu que l'appelant, contrairement au médecin qui a été le premier à traiter l'enfant à l'hôpital pédiatrique, était entièrement crédible, de même que les

paediatric hospital, to be totally credible, as well as the medical experts who testified for the defence.

Professional liability is governed by the principles of ordinary civil liability. Generally, doctors have an obligation of means, and their conduct must be assessed against the conduct of a prudent and diligent doctor placed in the same circumstances. Medical professionals should not be held liable for mere errors of judgment which are distinguishable from professional fault.

The trial judge concluded that the appellant had exercised proper judgment in deciding to transfer the patient when he did. Sooner or later the child would have had to be sent to the better equipped paediatric hospital. He found that the appellant's decision to transfer the child immediately, without giving her a blood transfusion, was reasonable. The Court of Appeal's reversal of the findings on this point did not stem from a disagreement on the proper standard of liability, nor did the majority find a palpable and overriding error in law or in the trial judge's findings of fact. The appellate court simply disagreed with the lower court's appreciation of the facts and substituted its own opinion.

A majority of the Court of Appeal also concluded that the appellant had failed to convey the necessary information to the second hospital, since his telephone conversation did not alert the doctor on call to the severity of the patient's condition. The trial judge's conclusion that the appellant had acted diligently in the circumstances was based on the evidence, however, and so did not constitute a palpable error. The evidence also confirms that the staff at the paediatric hospital appreciated the incoming patient's medical state. The Court of Appeal was not entitled to substitute its opinion for that of the trial judge in these circumstances.

Cases Cited

Referred to: *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 382; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288; *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984]

experts médicaux qui ont témoigné en faveur de la défense.

La responsabilité professionnelle est régie par les principes de la responsabilité civile ordinaire. Généralement, les médecins ont une obligation de moyens et leur conduite doit être évaluée par rapport à la conduite d'un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Les professionnels de la santé ne devraient pas être tenus responsables de simples erreurs de jugement, qui sont distinctes de la faute professionnelle.

Le juge de première instance a conclu que l'appellant avait sagement exercé son jugement en décidant de transférer la patiente au moment où il l'a fait. Tôt ou tard, il aurait fallu transporter l'enfant à l'hôpital pédiatrique mieux équipé. Il a conclu que la décision de l'appellant de transférer immédiatement l'enfant, sans transfusion sanguine, était raisonnable. Le rejet par la Cour d'appel des conclusions du juge de première instance sur ce point ne résulte pas d'un désaccord sur le standard de responsabilité applicable, et les juges de la majorité n'ont pas décelé d'erreur manifeste et dominante en droit ou dans les conclusions de fait du juge de première instance. La Cour d'appel n'était tout simplement pas d'accord avec l'appréciation des faits du tribunal d'instance inférieure et y a substitué sa propre opinion.

Les juges de la majorité de la Cour d'appel ont également conclu que l'appellant n'a pas transmis les renseignements nécessaires au deuxième hôpital, puisque, dans sa conversation téléphonique, il n'a pas réussi à sensibiliser le médecin de garde à la gravité de l'état de la patiente. Toutefois, la conclusion du juge de première instance que l'appellant avait agi avec diligence dans les circonstances était fondée sur les éléments de preuve et ne constitue donc pas une erreur manifeste. La preuve confirme également que le personnel de l'hôpital pédiatrique était sensibilisé à la condition médicale de la patiente qui arrivait à l'hôpital. La Cour d'appel n'était pas habilitée à substituer son opinion à celle du juge de première instance dans les circonstances.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 382; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288; *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984]

1 S.C.R. 2; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *X. v. Mellen*, [1957] Que. Q.B. 389; *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567; *Tremblay v. Claveau*, [1990] R.R.A. 268; *Cloutier v. Hôpital le Centre hospitalier de l'Université Laval (CHUL)*, [1990] R.J.Q. 717; *Vigneault v. Mathieu*, [1991] R.J.Q. 1607; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Nencioni v. Mailloux*, [1985] R.L. 532.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

Authors Cited

Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. *La responsabilité civile médicale*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1980.
 Crépeau, Paul-André. "La responsabilité civile du médecin" (1977), 8 *R.D.U.S.* 25.
 Nadeau, André. "La responsabilité médicale" (1946), 6 *R. du B.* 153.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2619, 25 Q.A.C. 33, 2 C.C.L.T. (2d) 97, reversing a judgment of the Superior Court dismissing respondents' action against appellant. Appeal allowed.

Paul D. Leblanc and *Serge Gaudet*, for the appellant.

Jean-Pierre Pilon and *Yvan Major*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises once again the important issue of the role of an appeal court as regards a trial judge's findings and conclusions of fact, here in the context of professional liability.

Summary of Facts

Since this case implies in great part a review of disputed facts, I will discuss them in more detail later on. The basic series of events and their tragic

1 R.C.S. 2; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *X. c. Mellen*, [1957] B.R. 389; *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567; *Tremblay c. Claveau*, [1990] R.R.A. 268; *Cloutier c. Hôpital le Centre hospitalier de l'Université Laval (CHUL)*, [1990] R.J.Q. 717; *Vigneault c. Mathieu*, [1991] R.J.Q. 1607; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Nencioni c. Mailloux*, [1985] R.L. 532.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

Doctrines citées

Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. *La responsabilité civile médicale*. Sherbrooke: Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke, 1980.
 Crépeau, Paul-André. «La responsabilité civile du médecin» (1977), 8 *R.D.U.S.* 25.
 Nadeau, André. «La responsabilité médicale» (1946), 6 *R. du B.* 153.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 2619, 25 Q.A.C. 33, 2 C.C.L.T. (2d) 97, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, rejetant l'action des intimés contre l'appelant. Pourvoi accueilli.

Paul D. Leblanc et *Serge Gaudet*, pour l'appellant.

Jean-Pierre Pilon et *Yvan Major*, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Le présent pourvoi soulève de nouveau l'importante question du rôle d'une cour d'appel relativement aux conclusions de fait d'un juge de première instance, en l'espèce dans le contexte de la responsabilité professionnelle.

Résumé des faits

Puisque le présent pourvoi comporte en grande partie un examen de faits contestés, je les analyserai plus à fond ultérieurement. Cependant, les prin-

consequences, however, are not controversial and can be summarized as follows.

On the afternoon of March 1, 1975, while she was playing at home, the five-year old respondent Nancy Lapointe seriously injured herself. A cut in one of her elbows substantially severed her muscles and nerves and the humeral artery, causing an extensive haemorrhage and blood loss. Her mother, the respondent Gabrielle Imbeault-Lapointe, bound Nancy's arm tightly with a cloth with the help of her brother-in-law, and they drove to Hôpital Le Gardeur, a small general hospital in Repentigny, Quebec. They arrived at the emergency room between 4:15 and 4:20 p.m.

At Le Gardeur, a nurse put a tourniquet on Nancy's arm and brought her to an examining room. She was put in the care of the appellant, Dr. Maurice Chevrette, a general practitioner who was on call at the emergency room that day. After examining the wound, Dr. Chevrette concluded that the first priority was the replacement of fluids in the child's body through an intravenous drip, since she had lost a significant amount of blood. When the two nurses assisting him, Nurse Hannah-Parr and Nurse Richard-Chagnon, were unable to find a place to insert a tube, Dr. Chevrette proceeded to a dissection of the vein. The intravenous drip was eventually put in place and 500 cc. of Rheomacrodex was administered. During the course of this treatment, Nancy was conscious and her vital signs remained normal.

Realizing that he would be unable to repair the artery, Dr. Chevrette phoned Hôpital Sainte-Justine, a paediatrics teaching hospital in Montréal. He spoke to a doctor on call in the emergency room, describing the severity of the patient's injury, the treatment administered at Le Gardeur, and the possibility of the child going into shock. He then wrote a transfer order which indicated the emergency treatment the patient had received, that she had suffered a severe laceration in the right elbow and that she was in a state of pre-shock.

cipaux faits qui ont donné naissance aux événements et à leurs tragiques conséquences ne sont pas controversés et peuvent être résumés ainsi.

Dans l'après-midi du 1^{er} mars 1975, pendant qu'elle était à jouer chez elle, l'intimée Nancy Lapointe, alors âgée de cinq ans, s'est grièvement blessée. Une coupure à un coude a causé une importante section des muscles et des nerfs et de l'artère humérale entraînant une forte hémorragie et une importante perte de sang. Avec l'aide de son beau-frère, sa mère, l'intimée Gabrielle Imbeault-Lapointe, a alors enroulé solidement un linge autour du bras de Nancy et ils se sont ensuite rendus à l'Hôpital Le Gardeur, un modeste hôpital général à Repentigny, au Québec. Ils sont arrivés à la salle d'urgence entre 16 h 15 et 16 h 20.

À l'Hôpital Le Gardeur, une infirmière a posé un garrot autour du bras de Nancy et l'a amenée dans une salle d'examen. Elle a été confiée aux soins de l'appelant, le Dr Maurice Chevrette, omnipraticien, qui était de garde à la salle d'urgence ce jour-là. Après avoir examiné la blessure, le Dr Chevrette a conclu que sa première priorité était de procéder au remplacement des liquides dans le corps de l'enfant au moyen d'un goutte-à-goutte intraveineux, puisqu'elle avait perdu une quantité importante de sang. Comme les deux infirmières qui l'assistaient, gardes Hannah-Parr et Richard-Gagnon, ne réussissaient pas à trouver un endroit pour insérer le tube, le Dr Chevrette a procédé à une dissection veineuse. Le goutte-à-goutte a finalement été installé et une dose de 500 cc de Rheomacrodex a été administrée. Pendant le traitement, Nancy était consciente et ses signes vitaux sont demeurés normaux.

Lorsqu'il s'est rendu compte qu'il ne pourrait réparer l'artère, le Dr Chevrette a téléphoné à l'Hôpital Sainte-Justine, un hôpital d'enseignement pédiatrique de Montréal. Il a parlé à un médecin de garde à la salle d'urgence, décrit la gravité de la blessure de la patiente, le traitement administré à l'Hôpital Le Gardeur ainsi que la possibilité que l'enfant tombe dans un état de choc. Il a alors rédigé une feuille de transfert sur laquelle il a indiqué quel traitement la patiente avait reçu à la salle d'urgence, qu'elle avait subi une grave lacé-

Nancy was put into an ambulance at around 5:30 p.m. for the trip to Sainte-Justine about 30 kilometres away, accompanied by her mother and Nurse Parr.

The ambulance ride between Le Gardeur and Sainte-Justine took about 25 minutes, during which time Nancy remained conscious and talked to her mother. They arrived at their destination at around 6 p.m., where they were met by the surgeon on call, Dr. Yvan Dion. Nancy was taken to an examining room, where she was transferred from the ambulance stretcher to a hospital stretcher. Dr. Dion proceeded to a series of tests, including X-rays. He removed the elastic tourniquet placed on Nancy's arm at Le Gardeur, examined the wound, and installed an inflatable tourniquet.

At about 6:30 p.m., Nancy's condition began to deteriorate rapidly. Just after she had been taken to the emergency cardiac unit, she was seized with a massive cardio-respiratory arrest. Emergency measures were undertaken, but Nancy suffered a critical cerebral anoxia, or deficiency of oxygen to the brain. She fell into a coma which lasted a few weeks. When she awoke, it became apparent that she had sustained irreversible brain damage, resulting in complete and permanent disability.

The respondents, in their own names and in that of their daughter, took an action against Dr. Chevrette alleging malpractice, and against Hôpital Le Gardeur as his employer (see *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 382, judgment also released today).

Judgments

Superior Court

During the fourteen-day hearing, the trial judge, Vallerand J. (now of the Court of Appeal) heard a number of witnesses, particularly expert witnesses. He made determinations with respect to the credibility of these witnesses and found the appellant,

ration du coude droit et qu'elle était dans un état de préchoc. Nancy a été mise dans une ambulance vers 17 h 30 pour être amenée à l'Hôpital Sainte-Justine, situé à environ 30 kilomètres; elle était accompagnée de sa mère et de l'infirmière Parr.

Le voyage en ambulance entre l'Hôpital Le Gardeur et l'Hôpital Sainte-Justine a pris environ 25 minutes; Nancy était alors consciente et a parlé à sa mère. Ils sont arrivés à destination à environ 18 h et ont été reçus par le chirurgien de garde le Dr Yvan Dion. Nancy a alors été amenée à la salle d'examen où elle a été transférée de la civière de l'ambulance sur une civière d'hôpital. Le Dr Dion a alors procédé à une série de tests, y compris des radiographies. Il a enlevé le garrot élastique posé autour du bras de Nancy à l'Hôpital Le Gardeur, examiné la blessure et installé un garrot gonflable.

Vers 18 h 30, l'état de Nancy a commencé à se détériorer rapidement. Peu après avoir été amenée au département de cardiologie d'urgence, elle a subi un important arrêt cardiorespiratoire. Des mesures d'urgence ont été prises, mais Nancy a souffert une importante anoxie cérébrale, ou manque d'oxygène au cerveau. Elle est entrée dans un coma qui a duré quelques semaines. Lorsqu'elle s'est réveillée, on s'est rendu compte qu'elle avait subi une lésion cérébrale irréversible, entraînant une incapacité complète et permanente.

Les intimés, personnellement et pour le compte de leur fille, ont intenté une action pour faute professionnelle contre le Dr Chevrette et l'Hôpital Le Gardeur en tant qu'employeur de ce dernier (voir *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 382, jugement également rendu aujourd'hui).

Les jugements

La Cour supérieure

Pendant le procès qui a duré 14 jours, le juge de première instance, le juge Vallerand (maintenant juge à la Cour d'appel) a entendu un certain nombre de témoins, plus particulièrement des témoins experts. Il s'est prononcé sur la crédibilité de ces

Dr. Chevrette, as well as experts who testified on his behalf, to be credible. Assessing the whole of the evidence against the standard test of liability for professional negligence, he found that Dr. Chevrette had not been negligent in the discharge of his duty toward his patient Nancy Lapointe. Accordingly, he dismissed the respondents' action in the following terms:

[TRANSLATION] I therefore find that the defendant Chevrette exercised sound judgment after having competently assessed the situation and that he used all reasonable means at his disposal in caring for his patient. That being so, the inevitable conclusion is that he has discharged any burden of proof thrust upon him by the chain of events in question.

Given this conclusion, Vallerand J. also dismissed the respondents' action against Hôpital Le Gardeur.

Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2619

A majority of four judges in the Court of Appeal, each writing separate reasons, allowed the appeal on the ground that Dr. Chevrette was negligent on the occasion of the transfer of Nancy Lapointe to Hôpital Sainte-Justine. A majority also allowed the appeal against Hôpital Le Gardeur, holding the hospital liable for Dr. Chevrette's negligence. Beauregard J.A., dissenting, would have dismissed the appeal, finding no error in the trial judge's determinations and conclusions of fact in the context of the professional standard of liability to be met by Dr. Chevrette.

Issues and Arguments

The appellant takes issue before us with the Court of Appeal's reversal of the trial judge's findings and conclusions of fact, more particularly as regards the following points:

1. Dr. Chevrette's decision to transfer the patient from Hôpital Le Gardeur to Sainte-Justine at the time he did;

témoins et a statué que l'appelant, le D^r Chevrette, ainsi que les experts qui ont témoigné en sa faveur étaient crédibles. Appréciant l'ensemble des éléments de preuve au regard du test standard de responsabilité professionnelle, il a statué que le D^r Chevrette n'avait pas été négligent dans l'exécution de son devoir envers sa patiente Nancy Lapointe. En conséquence, il a rejeté l'action des intimés en ces termes:

C'est ainsi que j'en viens à la conclusion que le défendeur Chevrette a sagement exercé son jugement après avoir avec compétence apprécié la situation et qu'il a mis en œuvre tous les moyens raisonnables à sa disposition au service de sa patiente. Cela dit force est de conclure qu'il a su se soulager de tout fardeau de preuve que la suite des événements a pu lui imposer.

En raison de cette conclusion, le juge Vallerand a également rejeté l'action des intimés contre l'Hôpital Le Gardeur.

La Cour d'appel, [1989] R.J.Q. 2619

Quatre juges de la Cour d'appel formant la majorité, chacun dans des motifs distincts, ont accueilli l'appel au motif que le D^r Chevrette avait été négligent lors du transfert de Nancy Lapointe à l'Hôpital Sainte-Justine. Une majorité des juges ont également accueilli l'appel contre l'Hôpital Le Gardeur, tenant l'hôpital responsable de la négligence du D^r Chevrette. Le juge Beauregard, dissident, aurait rejeté l'appel parce que, selon lui, le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur dans ses déterminations et conclusions de fait au regard du test de responsabilité professionnelle auquel le D^r Chevrette était assujéti.

Les questions en litige et les arguments

L'appelant conteste l'annulation par la Cour d'appel des conclusions de fait du juge de première instance, plus particulièrement en ce qui concerne les points suivants:

1. La décision du D^r Chevrette de transférer la patiente de l'Hôpital Le Gardeur à l'Hôpital Sainte-Justine au moment où il l'a fait;

2. Dr. Chevrette's decision not to proceed to a blood analysis and transfusion before the transfer;
3. The information transmitted by Dr. Chevrette to Sainte-Justine with respect to the patient's condition at the time of the transfer.
2. La décision du D^r Chevrette de ne pas procéder à une analyse du sang et à une transfusion avant le transfert;
3. Les renseignements fournis par le D^r Chevrette à l'Hôpital Sainte-Justine relativement à l'état de la patiente au moment du transfert.

In the appellant's view, the majority of the Court of Appeal purely and simply substituted its opinion for that of the trial judge since it failed to point out any error on his part.

Selon l'appelant, la Cour d'appel à la majorité a tout simplement substitué son opinion à celle du juge de première instance puisqu'elle n'a noté aucune erreur de sa part.

The respondents maintain that the Court of Appeal was correct in allowing the appeal since, in their view, the trial judge misinterpreted the evidence with respect to the three points mentioned above.

Les intimés soutiennent que la Cour d'appel a eu raison d'accueillir l'appel car, à leur avis, le juge de première instance a mal interprété les éléments de preuve se rapportant aux trois points susmentionnés.

The Role of an Appellate Court

Le rôle d'une cour d'appel

That an appellate court should not interfere with the findings and conclusions of fact of a trial judge, failing a manifest error, is a well-established principle. As Fauteux J. wrote for the Court in *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, at p. 293:

C'est un principe bien établi qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les déterminations et conclusions de fait d'un juge de première instance à moins d'erreur manifeste. Comme l'indiquait le juge Fauteux de notre Cour dans l'arrêt *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288, à la p. 293:

[TRANSLATION] Because of the privileged position of the judge who presides at the trial, who sees and hears the parties and witnesses and who assesses their evidence, it is an established principle that his opinion is to be treated with the utmost deference by the appellate court, whose duty is not to retry the case nor to interfere by substituting its assessment of the evidence for that of the trial judge, except in the case of a clear error on the face of the reasons or conclusions of the judgment appealed from.

En raison de la position privilégiée du juge qui préside au procès, voit, entend les parties et les témoins et en apprécie la tenue, il est de principe que l'opinion de celui-ci doit être traitée avec le plus grand respect par la Cour d'appel et que le devoir de celle-ci n'est pas de refaire le procès, ni d'intervenir pour substituer son appréciation de la preuve à celle du juge de première instance à moins qu'une erreur manifeste n'apparaisse aux raisons ou conclusions du jugement frappé d'appel.

The privileged position of the trier of fact extends not only to the testimony of ordinary witnesses, but of expert witnesses. In this respect, Spence J. wrote in *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, at p. 504:

La position privilégiée du juge des faits ne s'étend pas seulement aux témoignages des témoins ordinaires, mais aussi à ceux des témoins experts. À cet égard, le juge Spence a écrit dans l'arrêt *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491, à la p. 504:

I am strongly of the view that it is not the function of an appellate court to reconsider that evidence whether it be upon facts or a matter of professional opinion and come to a different conclusion, unless it could be shown that

Je suis fermement d'avis qu'il n'est pas de la fonction d'une cour d'appel de reconsidérer ces témoignages, qu'ils portent sur des faits bruts ou des questions d'opinion professionnelle, et d'en venir à une conclusion dif-

the evidence reasonably could not result in justifying the conclusion made by the trial judge. [Emphasis added.]

This principle of non-intervention also applies where the only issue is the interpretation of the evidence as a whole; see *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371, at p. 382.

While an appellate court may review a trial judge's findings of fact, it is not its function to conduct a trial *de novo*. Laskin C.J. emphasized this point in *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84:

It would, of course, be open to an appellate court, where credibility of a witness was not in issue, to review findings of fact by a trial judge if they were based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence. An appeal, however, is not a complete rehearing.

If an appellate court interferes with findings of fact, it must be on the basis of errors made by the trial judge. The kinds of error which merit intervention on appeal were identified by Dickson C.J. in *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, at p. 683:

It is a well-established principle that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts". . . .

More recently, in *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, this Court allowed an appeal from the Court of Appeal's reversal of the trial judge's findings of fact. After reviewing the authorities, the Court held at p. 794:

When a trial judge is assessing facts in terms of the law, what matters is that his conclusions be based on the evidence, that is, consistent with the evidence, and that no evidence essential to the outcome of the case be ignored. . . .

férente, à moins que l'on puisse montrer que la preuve ne pouvait raisonnablement justifier la conclusion atteinte par le juge de première instance. [Je souligne.]

Ce principe de non-intervention s'applique également lorsque la seule question en litige est l'interprétation de l'ensemble des éléments de preuve; voir l'arrêt *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371, à la p. 382.

Bien qu'une cour d'appel puisse réviser les conclusions de fait du juge de première instance, il n'est pas de sa fonction de procéder *de novo*. Le juge en chef Laskin l'a souligné dans l'arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, à la p. 84:

Il va de soi que lorsque la crédibilité d'un témoin n'est pas en cause, une cour d'appel peut réviser les conclusions de fait d'un juge de première instance si ce dernier a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve. Un appel, toutefois, n'est pas une nouvelle audition complète.

Si une cour d'appel modifie les conclusions de fait, elle doit le faire à partir d'erreurs commises par le juge de première instance. Dans l'arrêt *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, à la p. 683, le juge en chef Dickson indique le type d'erreurs susceptibles de donner lieu à une intervention en appel:

C'est un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne puisse être établi que le juge de première instance «a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits». . . .

Plus récemment, dans l'arrêt *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, notre Cour a accueilli l'appel contre un arrêt de la Cour d'appel qui a infirmé les conclusions de fait du juge de première instance. Après examen de la jurisprudence, la Cour a statué à la p. 794:

Dans le domaine de l'appréciation juridique des faits par le juge du procès, ce qui importe c'est que ses conclusions soient basées par la preuve c'est-à-dire conformes à la preuve et qu'aucune preuve essentielle à l'issue du litige n'ait été ignorée . . .

As regards determination of the facts, which is the sovereign right of the trial judge, an appellate court, and *a fortiori* a second appellate court, will intervene only when it has been shown that there is a manifest or palpable error by the trial judge. It is now almost axiomatic to say that determining the facts is the province of the trial judge, who has seen and heard the witnesses and is in a position to assess the credibility that the testimony of each should be given.

Obviously, the task of an appellate court will be greatly simplified where the trial judge has carefully explained the reasons for his or her findings and conclusions. As the Court concluded in *Laurentide Motels, supra*, at p. 799:

... an appellate court which has neither seen nor heard the witnesses and as such is unable to assess their movements, glances, hesitations, trembling, blushing, surprise or bravado, is not in a position to substitute its opinion for that of the trial judge, who has the difficult task of separating the wheat from the chaff and looking into hearts and minds of witnesses in an attempt to discover the truth. If it happens that the trial judge neglects to indicate his findings in this respect or does not adequately support them, then it may be that an appellate court has to form its own conclusions. However, that is not the case here, where as we have seen the judge noted his impressions frequently and supported his findings. [Emphasis added.]

In the absence of an identifiable error by the trial judge, a Court of Appeal should not substitute its opinion. In the words of Lamer J. (now Chief Justice) in *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9:

... an appellate court should not intervene unless it is certain that its difference of opinion with the trial judge is the result of an error by the latter. As he had the benefit of seeing and hearing the witnesses, such certainty will only be possible if the appellate court can identify the reason for this difference of opinion, in order to be certain that it results from an error and not from his privileged position as the trier of fact. If the appellate court cannot thus identify the critical error it must refrain from intervening, unless of course the finding of fact cannot be attributed to this advantage enjoyed by the trial judge, because nothing could have justified the judge's conclusion whatever he saw or heard; this latter

Pour ce qui est de la détermination des faits, qui est du domaine souverain du juge du procès, une cour d'appel, et à fortiori une deuxième cour d'appel, n'interviendra que s'il lui est démontré une erreur manifeste, c'est-à-dire palpable de la part du premier juge. C'est presque une vérité de La Palice aujourd'hui que d'affirmer que la détermination des faits relève de l'appréciation souveraine du juge de première instance qui a vu et entendu les témoins et qui est en mesure d'apprécier la crédibilité à accorder au témoignage de chacun.

De toute évidence, la tâche d'une cour d'appel sera grandement simplifiée si le juge de première instance a soigneusement expliqué les motifs au soutien de ses conclusions. Comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Laurentide Motels*, précité, à la p. 799:

... une cour d'appel qui n'a ni vu ni entendu les témoins et, à ce titre, est incapable d'apprécier leurs gestes, regards, hésitations, tremblements, rougeurs, surprise ou bravade, ne saurait substituer son opinion à celle du juge du procès dont c'est précisément la tâche difficile de séparer l'ivraie du bon grain, de scruter les reins et les cœurs pour tenter de découvrir la vérité. S'il arrive que le juge du procès néglige de faire part de ses conclusions à cet égard ou ne les étaye pas de façon concluante, il est possible qu'une cour d'appel soit obligée de former ses propres conclusions. Ce n'est toutefois pas le cas ici où l'on voit que le juge a très souvent noté ses impressions et a étayé ses conclusions. [Je souligne.]

En l'absence d'une erreur identifiable commise par le juge de première instance, une cour d'appel ne substituera pas son opinion. Selon le juge Lamer (maintenant juge en chef) dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, à la p. 9:

... une cour d'appel ne doit pas intervenir à moins d'être certaine que sa divergence d'opinions avec le premier juge résulte d'une erreur de celui-ci. Comme il a eu l'avantage de voir et d'entendre les témoins, cette certitude ne sera possible que si la Cour d'appel peut identifier la raison de cette divergence d'opinions afin de pouvoir s'assurer qu'elle tient d'une erreur et non pas de sa position privilégiée de juge des faits. Si la Cour d'appel ne peut ainsi identifier l'erreur déterminante elle doit s'abstenir d'intervenir à moins, bien sûr, que la détermination de fait ne puisse tenir de cet avantage parce que quoi qu'ait pu voir et entendre le juge, rien n'aurait pu justifier sa conclusion; elle identifiera cette dernière

category will be identified by the unreasonableness of the trial judge's finding. . . .

In the case at bar, the appellant urges us to apply these principles since, in his view, the Court of Appeal overstepped its authority in reversing the findings and conclusions of fact of the trial judge. Before turning to the case at bar, however, it is important to set out the legal framework of this case by briefly reviewing the principles governing professional liability.

Professional Liability

The principles which govern professional liability have a long jurisprudential history, but any review of the law must begin with art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* and the notion of fault:

1053. Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

Professional liability imports the principles of ordinary civil liability. Generally, doctors have an obligation of means, and their conduct must be assessed against the conduct of a prudent and diligent doctor placed in the same circumstances. In the words of Professor Paul-André Crépeau in his seminal article entitled "La responsabilité civile du médecin" (1977), 8 *R.D.U.S.* 25, at pp. 28-29:

[TRANSLATION] Unless otherwise expressly provided, a physician has, by virtue of a now generally accepted classification, an obligation of means, that is he must, as stated by the *Cour de Cassation* in the *Mercier* case in 1936, provide "care which is prudent, attentive, conscientious and, subject to exceptional circumstances, in accordance with what is known by science".

The assessment of such an obligation is to be carried out not *in concreto* based on some subjective criterion such as whether the obligee has done his best, but rather *in abstracto* according to the objective criterion of what a prudent and diligent doctor would have done in similar circumstances.

catégorie du fait que la conclusion du premier juge sera déraisonnable . . .

En l'espèce, l'appelant nous demande d'appliquer ces principes, puisque, selon lui, la Cour d'appel a outrepassé ses pouvoirs en infirmant les conclusions de fait du juge de première instance. Avant d'entrer dans le vif du débat, il importe d'établir le cadre juridique qui régit la présente instance en analysant brièvement les principes qui gouvernent la responsabilité professionnelle.

La responsabilité professionnelle

Les principes qui régissent la responsabilité professionnelle ont donné lieu à une abondante jurisprudence; toutefois, toute analyse des règles de droit doit commencer par celle de l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* et de la notion de faute:

1053. Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

La responsabilité professionnelle ressort des principes de la responsabilité civile ordinaire. Généralement, les médecins ont une obligation de moyens et leur conduite doit être évaluée par rapport à la conduite d'un médecin prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances. Selon le professeur Paul-André Crépeau dans son article fondamental intitulé: «La responsabilité civile du médecin» (1977), 8 *R.D.U.S.* 25, aux pp. 28 et 29:

Le médecin, sauf stipulation expresse, se voit imposer, selon une classification aujourd'hui généralement admise, une obligation de moyen, c'est-à-dire l'obligation de prodiguer, ainsi que l'affirmait la Cour de Cassation, en 1936, dans l'affaire *Mercier* «des soins prudents, attentifs et consciencieux et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science».

Et l'appréciation d'une telle obligation doit se faire, non pas selon un critère subjectif, *in concreto*, en demandant par exemple, si le débiteur a fait de son mieux, mais bien d'après un critère objectif, *in abstracto*, en demandant ce qu'aurait fait, en pareil cas, un médecin prudent et diligent placé dans des circonstances semblables.

Elaborating on the notion of fault as it applies to medical professionals, Alain Bernardot and Robert P. Kouri write in *La responsabilité civile médicale* (1980), at p. 12:

[TRANSLATION] Hence the general rule must be the principle of assessment *in abstracto*. That principle requires that the attitude of a party being sued be evaluated in relation to that which a competent professional would have had at the same time and in the same place. But who is this competent professional?

He is a prudent and diligent individual placed in the same situation as the party being sued before the courts. Thus, if a physician is being sued, the question is what a prudent and diligent physician would have done.

For a review of the authorities see the recent decision by this Court *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 393 *et seq.*

Courts in Quebec have consistently applied these principles. In *X. v. Mellen*, [1957] Que. Q.B. 389, the Quebec Court of Appeal held that doctors have an obligation of means. Similarly, in *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. v. Perron*, [1979] C.A. 567, Lajoie J.A. wrote at p. 574:

[TRANSLATION] As a general rule, the obligation of a physician and a hospital toward a patient is not one of result but of means, that is an obligation of prudence and diligence whose violation is not to be assessed subjectively by inquiring whether the author of an act or omission has done his best, but rather according to an objective and abstract criterion under which the court asks what another doctor, another specialist, another nurse of ordinary and reasonable knowledge, competence and skill would have done in circumstances similar to those in which the person whose conduct is to be judged found himself or herself.

See also: *Tremblay v. Claveau*, [1990] R.R.A. 268 (C.A.), at p. 271; *Cloutier v. Hôpital le Centre hospitalier de l'Université Laval (CHUL)*, [1990] R.J.Q. 717 (C.A.), at p. 721; and *Vigneault v. Mathieu*, [1991] R.J.Q. 1607 (C.A.), at pp. 1614-15. As the judgment from *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc.* indicates, courts should

Commentant la notion de faute applicable aux professionnels de la santé, Alain Bernardot et Robert P. Kouri écrivent dans *La responsabilité civile médicale* (1980), à la p. 12:

Il faut donc retenir comme règle générale le principe de l'appréciation *in abstracto*. Pour cela il convient d'évaluer l'attitude d'une personne poursuivie par rapport à celle qu'aurait eue dans les mêmes circonstances de temps et de lieu un bon professionnel. Qui est donc ce bon professionnel?

C'est un individu prudent et diligent placé dans les mêmes conditions que l'agent mis en cause devant les tribunaux. Ainsi, si un médecin est poursuivi on se demandera ce qu'aurait fait un médecin prudent et diligent.

Pour une analyse de la jurisprudence et de la doctrine, voir notre arrêt récent *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, aux pp. 393 et suiv.

Les tribunaux du Québec ont constamment appliqué ces principes. Dans l'arrêt *X. c. Mellen*, [1957] B.R. 389, la Cour d'appel du Québec a jugé que les médecins ont une obligation de moyens. De même, dans l'arrêt *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. c. Perron*, [1979] C.A. 567, le juge Lajoie de la Cour d'appel écrit à la p. 574:

En règle générale, le médecin et l'hôpital n'ont pas envers le patient une obligation de résultat mais de moyens, c'est-à-dire une obligation de prudence et de diligence dont la violation doit être appréciée non pas subjectivement, en se demandant si l'auteur d'un acte ou d'une omission a fait de son mieux, mais d'après un critère objectif, abstrait, qui consiste pour le Tribunal à se demander ce qu'aurait fait en pareil cas un autre médecin, un autre spécialiste, une autre infirmière, de science, de compétence et d'habileté ordinaires et raisonnables, placé dans des circonstances semblables à celles où se trouvait celui ou celle dont on veut juger la conduite.

Voir aussi: *Tremblay c. Claveau*, [1990] R.R.A. 268 (C.A.), à la p. 271; *Cloutier c. Hôpital le Centre hospitalier de l'Université Laval (CHUL)*, [1990] R.J.Q. 717 (C.A.), à la p. 721; et *Vigneault c. Mathieu*, [1991] R.J.Q. 1607 (C.A.), aux pp. 1614 et 1615. Comme l'indique l'arrêt *Hôpital général de la région de l'Amiante Inc.*, les tribu-

be careful not to rely upon the perfect vision afforded by hindsight. In order to evaluate a particular exercise of judgment fairly, the doctor's limited ability to foresee future events when determining a course of conduct must be borne in mind. Otherwise, the doctor will not be assessed according to the norms of the average doctor of reasonable ability in the same circumstances, but rather will be held accountable for mistakes that are apparent only after the fact.

Both doctrine and case law emphasise that medical professionals should not be held liable for mere errors of judgment which are distinguishable from professional fault. According to Hyde J. in *X. v. Mellen*, *supra*, at p. 406:

The surgeon is, certainly, not to be judged by the result, nor is he to be condemned for a mere error in judgment. That error however must, as Rand J. says in *Wilson v. Swanson* [[1956] S.C.R. 804, at p. 812], be "distinguished from an act of unskilfulness or carelessness or due to lack of knowledge".

This approach was upheld by this Court in *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; see also *Cloutier*, *supra*, at p. 721.

Given the number of available methods of treatment from which medical professionals must at times choose, and the distinction between error and fault, a doctor will not be found liable if the diagnosis and treatment given to a patient correspond to those recognized by medical science at the time, even in the face of competing theories. As expressed more eloquently by André Nadeau in "La responsabilité médicale" (1946), 6 *R. du B.* 153, at p. 155:

[TRANSLATION] The courts do not have jurisdiction to settle scientific disputes or to choose among divergent opinions of physicians on certain subjects. They may only make a finding of fault where a violation of universally accepted rules of medicine has occurred. The

naux doivent prendre garde de ne pas se fier à la vision parfaite que permet le recul. Pour évaluer équitablement un exercice particulier du jugement, il faut tenir compte de la possibilité limitée du médecin, lorsqu'il décide de la conduite à suivre, de prévoir le déroulement des événements. Sinon, le médecin ne sera pas évalué selon les normes d'un médecin de compétence raisonnable placé dans les mêmes circonstances, mais il sera plutôt tenu responsable d'erreurs qui ne sont devenues évidentes qu'après le fait.

La doctrine et la jurisprudence font ressortir que les professionnels de la santé ne devraient pas être tenus responsables de simples erreurs de jugement, qui sont distinctes de la faute professionnelle. Selon le juge Hyde, dans l'arrêt *X. c. Mellen*, précité, à la p. 406:

[TRADUCTION] Le chirurgien ne doit certainement pas être jugé en fonction du résultat ni être condamné pour une simple erreur de jugement. Cependant, selon le juge Rand dans l'arrêt *Wilson c. Swanson* [[1956] R.C.S. 804, à la p. 812], on doit distinguer cette erreur «d'un geste maladroit ou résultant d'un manque d'attention ou de connaissances».

Cette analyse a été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; voir aussi l'arrêt *Cloutier*, précité, à la p. 721.

Compte tenu du nombre de méthodes de traitements possibles entre lesquels les professionnels de la santé doivent parfois choisir et de la distinction entre l'erreur et la faute, un médecin ne sera pas tenu responsable si le diagnostic et le traitement du malade correspondent à ceux reconnus par la science médicale à cette époque, même en présence de théories opposées. Comme l'exprime d'une façon plus éloquente André Nadeau dans «La responsabilité médicale» (1946), 6 *R. du B.* 153, à la p. 155:

Les tribunaux n'ont pas compétence pour trancher des différends scientifiques et partager les opinions divergentes des médecins sur certains sujets. Ils ne peuvent conclure à la faute que lorsqu'il y a violation des règles médicales admises par tous. Les cours n'ont rien à voir

courts should not involve themselves in controversial questions of assessment having to do with diagnosis or the treatment of preference.

Or, as summarized by Brossard J. in *Nencioni v. Mailloux*, [1985] R.L. 532 (Sup. Ct.), at p. 548:

[TRANSLATION] ... it is not for the court to choose between two schools of scientific thought which seem to be equally reasonable and are founded on scientific writings and texts. ...

It is with these parameters in mind that this case must be reviewed and analyzed.

Analysis

Introduction

In the case at bar, the Court of Appeal had the benefit of a lucid, well-reasoned and detailed judgment by the trial judge. Vallerand J. carefully examined the evidence and expressed his views in great detail. More importantly, he made findings on the credibility of witnesses and gave reasons for his preference of some witnesses' testimony over others.

First, the trial judge found the appellant Chevrette totally credible. In accepting the doctor's account of the events which took place at Hôpital Le Gardeur, Vallerand J. wrote:

[TRANSLATION] The fact is that notwithstanding his interest in the case, Dr. Chevrette gave, without ever contradicting himself, testimony which was at once spontaneous, carefully considered and accurate, restrained, balanced and undogmatic, corroborated by auxiliaries whose credibility was equal to his own. This testimony has not been seriously controverted in any way.

He also made it clear that he fully accepted the testimony of Nurse Parr, who travelled in the ambulance with Nancy to Sainte-Justine. He noted:

[TRANSLATION] What I have said concerning the testimony of Dr. Chevrette applies also to the conduct of

aux questions d'appréciation controversée du diagnostic ou de préférence à donner à tel ou tel traitement.

a Ou encore, comme le résume le juge Brossard dans la décision *Nencioni c. Mailloux*, [1985] R.L. 532 (C.S.), à la p. 548:

b ... il n'appartient pas au Tribunal de faire un choix entre deux écoles de pensée scientifique, lorsque ces deux écoles paraissent aussi raisonnables l'une que l'autre et s'appuient toutes deux sur des écrits et textes scientifiques ...

c C'est en tenant compte de ces paramètres que la présente instance doit être examinée.

Analyse

Introduction

En l'espèce, la Cour d'appel avait l'avantage d'avoir devant elle un jugement clair, bien motivé et détaillé du juge de première instance. Le juge Vallerand a soigneusement analysé la preuve et exprimé son point de vue d'une façon fort détaillée. Fait plus important, il a tiré des conclusions sur la crédibilité des témoins et a indiqué pourquoi il préférerait certains témoignages à d'autres.

f Premièrement, le juge de première instance a conclu que l'appelant Chevrette était entièrement crédible. En acceptant la version présentée par le médecin de ce qui s'est passé à l'Hôpital Le Gardeur, le juge Vallerand a dit:

g C'est qu'au-delà de l'intérêt qu'il a dans la cause, le Dr Chevrette rendit, sans jamais se démentir, un témoignage à la fois spontané, réfléchi et précis, sobre, pondéré et nuancé, corroboré par des auxiliaires tout autant dignes de foi, que rien ni personne ne vint sérieusement affaiblir.

i Il a aussi clairement établi qu'il acceptait pleinement le témoignage de l'infirmière Parr, qui était avec Nancy dans l'ambulance jusqu'à l'Hôpital Sainte-Justine. Il a indiqué:

j Quant au comportement de celle-ci, s'y applique également ce que j'ai déjà dit sur le sujet du témoignage du

Nurse Parr, particularly since, if she had wished to put herself beyond all blame and give her colleague and her employer the benefit of false testimony, she could easily and with virtually no risk of being found out have stated that she uncovered the wound during the journey and observed that there was no haemorrhage. She could likewise have denied the presence of blood on the stretcher.

In contrast, Vallerand J. found Dr. Dion, the doctor who first treated Nancy in the emergency room at Sainte-Justine, not to be a credible witness. With respect to his testimony regarding the alleged inadequacy of the tourniquet applied by Dr. Chevette, the trial judge wrote:

[TRANSLATION] The witness Dion is the only one to give evidence with regard to this fundamentally important observation [of blood on the stretcher]. Not the slightest mention was made of it by those—the ambulance attendant, the resident doctor and the nurses—who had been busily engaged around the stretcher (the ambulance stretcher and not that of the hospital where it would appear the child was placed upon admission). While it is true that Dr. Dion expressed very dramatically his sentiments to Dr. Taché, the plastic surgeon summoned to repair the wound, that occurred after the heart failure and is thus equally consistent with the truth as with an attempt to deflect possible blame.

That having been said and given the significance of the blame, which, it will be seen, is in keeping with all other aspects of the case, it becomes essential to determine Dion's credibility as a witness. As to his conduct on the stand, it was, apart from a certain offhandedness not at all out of place within a context of amiable *bonhomie*, unexceptionable. More disturbing, however, is the discovery, upon examination of the exhibits and the testimony, that the witness Dion just as casually confused his recollection, his assessment and his understanding of the hospital record, relying on his own imagination, and that on numerous points he is clearly contradicted by the evidence as a whole and, in some instances, by witnesses whose credibility is beyond all doubt.

Vallerand J. also explained why he discounted the evidence of the experts who testified on behalf of the respondents. In his view, their opinions were based on the version of facts related in the discredited testimony of Dr. Dion. He stated:

Dr Chevette en outre qu'eut-elle voulu se mettre elle-même à l'abri de tout reproche et avantager d'un faux témoignage son collègue de travail et son employeur, elle eut pu facilement et sans guère risquer d'être reprochée, affirmer avoir en route découvert la plaie pour constater qu'il n'y avait pas d'hémorragie et de la même façon nier la présence de sang dans la civière.

Par contre, le juge Vallerand a trouvé que le Dr Dion, qui est le premier à avoir traité Nancy à la salle d'urgence de l'Hôpital Sainte-Justine, n'était pas un témoin crédible. En ce qui concerne le témoignage du Dr Dion relativement au fait que le garrot posé par le Dr Chevette aurait été insuffisant, le juge de première instance observe:

Le témoin Dion est le seul à témoigner de cette constatation [le sang dans la civière] de toute première importance. Pas la moindre mention de la part de ceux qui se sont affairés autour de la civière—celle de l'ambulance et non pas celle de l'hôpital où fut, semble-t-il, déposée l'enfant dès son admission—ambulancier, médecin résident et infirmières. Il est vrai que le Dr Dion s'en est ouvert de façon fort dramatique au Dr Taché, le chirurgien plasticien appelé sur les lieux pour procéder à la réparation de la blessure. Mais il s'agit là d'une démarche survenue après la défaillance cardiaque et donc tout autant conciliable avec la vérité qu'avec une tentative de se soustraire à de possibles reproches.

Cela dit et compte tenu de l'importance du reproche, qui rejoint, on le verra, tous les autres aspects de la cause, il est donc essentiel de s'interroger sur la crédibilité du témoin Dion. Quant à son comportement dans le box rien à redire sinon une certaine désinvolture qui n'est pas de mauvais aloi alors qu'elle s'inscrit dans un contexte d'aimable bonhomie. Moins rassurante cependant lorsqu'on constate à l'étude des pièces et des divers témoignages, que le témoin Dion a, avec la même insouciance, confondu son souvenir, son appréciation et son entendement du dossier hospitalier, le fruit de son imagination et que sur bien des points, il est nettement contredit par l'ensemble de la preuve et parfois par des témoins dont la crédibilité ne fait aucun doute.

Le juge Vallerand a aussi expliqué pourquoi il n'a pas retenu le témoignage des experts qui ont déposé en faveur des intimés. À son avis, les opinions de ces experts sont fondées sur la version des faits relatée dans le témoignage discrédité du Dr Dion, comme il le souligne:

[TRANSLATION] If some doctors called by the plaintiffs saw fit to be very critical in this regard only in their assessment of Dr. Chevette, I believe it is because they had been to a large degree set against him by the statements of their colleague Dr. Dion, which neither they nor the plaintiffs had any reason to disbelieve, and that as professionals they were outraged by what they perceived to have been the conduct of Dr. Chevette. I am also of the opinion that based on the arrival of a child weltering in its own blood, they believed themselves duty-bound to pass upon all aspects of the case a judgment at once emotional, harsh and absolute. I do not think they should be open to serious criticism for that, their lack of objectivity being explicable in light of the facts as they believed them to be and the seriousness of the events. I must, however, without ascribing to them any bad faith, much less evil intent, be extremely careful in considering opinions and assessments more categorical and absolute than would appear to be warranted by the evidence, which, I might add, I accept.

On the other hand, Vallerand J. emphasised the credibility of the experts who testified in support of the appellant, Doctors Cossette and Laflèche, writing:

[TRANSLATION] It now remains to examine the analyses of Cossette and Laflèche, the expert witnesses of the defence.

I have already indicated that the conduct of both on the stand was exemplary in every way. Likewise their competence in the field of vascular medicine is undeniable, particularly that of Dr. Cossette, who has carried out extensive studies of shock. Their testimony is based on the evidence of Dr. Chevette—which evidence, as did the judge, they accept totally, both on the objective question of the events themselves and on the subject of his assessment of the situation, indeed on that of his feelings at the time, and it is for that reason all the stronger and more relevant. While it is true that the Court is not bound by expert opinion, in this instance I unhesitatingly endorse all the conclusions of Doctors Cossette and Laflèche with respect to the professional conduct of the defendant Chevette. In fact, those are the very inferences which I myself would have drawn from the evidence as a whole by the application of simple ordinary common sense, without the benefit of the opinions or the teaching of the experts.

He noted specifically with respect to Dr. Laflèche's testimony:

Si certains des médecins appelés par la demande ont jugé bon d'être très agressifs sur le sujet à l'endroit du seul Dr Chevette c'est, je pense, qu'ils ont été fort indisposés à son endroit par les propos de leur collègue le Dr Dion—des propos dont ils n'avaient, tout comme les demandeurs, aucune raison de douter de la vérité—qu'ils ont été professionnellement indignés de ce qu'ils percevaient avoir été la conduite du Dr Chevette et qu'à partir d'une enfant reçue baignant dans son sang, ils ont cru devoir porter sur tous les aspects de l'affaire un jugement tout à la fois émotif, sévère et absolu. Je ne crois pas, là-dessus, devoir leur en faire sérieux grief, la carence d'objectivité étant explicable à la lumière des faits qu'ils ont crus et de la gravité des événements. Je dois néanmoins, sans leur attribuer de mauvaise foi et encore moins de noirs desseins, considérer avec une grande prudence des avis et des appréciations plus formels et plus absolus que ne m'apparaît justifier la preuve que je retiens par ailleurs.

En outre, le juge Vallerand a insisté sur la crédibilité des experts qui ont témoigné en faveur de l'appelant, les D^{rs} Cossette et Laflèche:

Reste donc l'analyse qu'en ont fait pour le compte de la défense les témoins-experts Cossette et Laflèche.

J'ai déjà dit que le comportement de l'un et l'autre dans le box s'était avéré sous tous rapports impeccable. De même leur compétence indéniable en médecine vasculaire et celle plus particulière du Dr Cossette à la suite des études poussées qu'il a faites sur le choc. Leur témoignage, au demeurant, s'appuie sur celui du Dr Chevette—lequel tout comme le juge ils retiennent intégralement—tant sur le sujet objectif des événements que sur celui de son appréciation de la situation, voire même de son état d'âme et il ne s'en trouve que plus pertinent et plus fort. S'il est vrai que la Cour n'est pas liée par l'avis des experts, c'est, en l'espèce, sans hésitation que j'endors intégralement les conclusions auxquelles en sont venus les docteurs Cossette et Laflèche sur le sujet de la conduite professionnelle du défendeur Chevette. À vrai dire ce sont-là les conclusions que, sans le concours des avis sinon des leçons des experts, j'aurais moi-même tirées de l'ensemble de la preuve par l'application d'un simple bon sens profane.

Relativement au témoignage du Dr Laflèche, il mentionne tout particulièrement:

[TRANSLATION] I will not repeat here the demonstration of that point by Dr. Léo Laflèche, whose experience and qualifications in the field are unquestionable and whose testimony, while unsparing of Dr. Dion, revealed a careful examination of the record and a full understanding of the duties of an expert witness, unblemished by unwholesome professional solidarity.

Similarly, in discussing an opinion expressed by Dr. Cossette, he wrote that [TRANSLATION] “the knowledge, level-headedness and objectivity” of this expert were above reproach.

Finally, the trial judge made it clear that he was fully aware of the medical context of the case. For instance, he explained the nature of Nancy Lapointe’s injury and cardiac arrest as it was related to him by the experts called to the stand, and the four-step treatment which a serious haemorrhage requires, as well as the danger of shock and the phenomenon of compensation. His reasoning regarding the respondents’ specific allegations was equally meticulous. For example, with respect to the claim of massive blood loss in the ambulance due to an insufficient tourniquet (apparently a major focus at trial but not relied on by the Court of Appeal), Vallerand J. carefully reviewed all of the evidence and lack thereof, noting how and why he drew certain inferences and assessing the credibility of various witnesses.

The Court of Appeal could not ignore these findings, nor should we, in discussing the three issues which form the basis of this appeal and to which I now turn.

(a) The Transfer to Sainte-Justine

In dealing with the allegation that the appellant Dr. Chevrette was at fault in deciding to transfer the patient to Sainte-Justine when he did, Vallerand J. first concluded that sooner or later Nancy would have had to be sent to the better-equipped paediatric hospital. He wrote:

Je ne reprendrai pas ici la démonstration qu’en a faite le D^r Léo Laflèche dont l’expérience et la compétence en la matière ne sauraient être mis en doute et dont le témoignage, s’il ne fut pas tendre à l’endroit du D^r Dion, fut marqué à l’enseigne d’une étude sérieuse du dossier et d’un sens complet des devoirs du témoin-expert, sans égard à une solidarité professionnelle de mauvais aloi.

De même, dans l’analyse de l’opinion exprimée par le D^r Cossette, il remarque que «la science, la pondération et l’objectivité» de cet expert sont au-dessus de tout reproche.

Enfin, le juge de première instance indique clairement qu’il était pleinement conscient du contexte médical de l’affaire. Par exemple, il explique la nature de la blessure et de l’arrêt cardiaque de Nancy Lapointe dans les termes employés par les experts appelés à témoigner, les quatre étapes du traitement auquel donne lieu une hémorragie importante, le danger de choc ainsi que le phénomène de la compensation. Son raisonnement sur les allégations spécifiques des intimés est également méticuleux. À titre d’exemple, en ce qui concerne le fait que la patiente aurait subi une importante perte de sang dans l’ambulance en raison du garrot insuffisant (apparemment un point important en première instance, mais sur lequel la Cour d’appel ne s’est pas appuyée), le juge Vallerand analyse soigneusement tous les éléments de preuve existants ou relève leur absence, indiquant comment et pourquoi il a tiré certaines inférences, et évaluant la crédibilité de divers témoins.

La Cour d’appel ne pouvait ignorer ces conclusions, et nous ne le devrions pas non plus, en procédant à l’analyse des trois questions à la base du présent pourvoi, sur lesquelles je me pencherai maintenant.

a) Le transfert à l’Hôpital Sainte-Justine

En examinant l’allégation que l’appelant le D^r Chevrette avait commis une faute en décidant de transférer la patiente à l’Hôpital Sainte-Justine au moment où il l’a fait, le juge Vallerand a tout d’abord conclu qu’il aurait fallu tôt ou tard transporter Nancy dans un hôpital pédiatrique mieux équipé. Il écrit:

[TRANSLATION] All agree that in order to repair the wound a transfer to Sainte-Justine hospital had to be effected by early evening at the latest. Likewise I accept, without denying the capacity of Le Gardeur hospital in this regard, that Sainte-Justine hospital was in all respects much better able to follow the progression of the apprehended shock and to carry out all the tests required for this purpose and, if necessary, to intervene in the case of heart failure.

A transfer was thus necessary in the medium term for surgical purposes and advisable in the short term in order to control the blood loss. All that remained to be decided was the time. Dr. Chevrette took into account the distance to be covered, the immediate availability of an ambulance, the duration of the journey, the clinical condition of the patient — which, in the opinion of Dr. Cossette, whose knowledge, level-headedness and objectivity are beyond reproach, appeared less serious than feared by Dr. Chevrette himself — and the advantages, the disadvantages and the risks of the transfer, and, having done so, saw fit to proceed with it.

The judge then reviewed the parties' arguments. Dr. Chevrette claimed that he had exercised sound medical judgment, and presented expert evidence in support, while the respondents and their experts maintained that the decision to transfer the patient at that time was irresponsible and medically unsound.

Having previously found that respondents' experts had based their assessment of Dr. Chevrette's conduct on the erroneous information supplied by Dr. Dion, Vallerand J. ruled that their opinion with respect to whether Dr. Chevrette had acted properly in the circumstances was not to be retained. As he observed:

[TRANSLATION] So according to the plaintiffs' expert witnesses, the transfer was ill-advised, while those of the defence opined that the defendant Chevrette had fully and judiciously assessed the situation and exercised his professional judgment while taking all necessary precautions.

It is well established in the case law that, when confronted with two generally recognized schools of thought, the Court will not interfere with the reasonable choice of one or the other. Only at first blush, however, does the problem here seem to present itself in that light, for the plaintiffs submit that the defendant simply "got

Il est constant que la réparation de la blessure imposait le transfert à l'Hôpital Ste-Justine au plus tard en début de soirée. Je retiens de la même façon, sans écarter toute compétence pour ce faire à l'Hôpital Le Gardeur, qu'on était, à l'Hôpital Ste-Justine, en bien meilleure posture à tous égards pour surveiller l'évolution du choc appréhendé, faire tous les tests requis par cette évolution et le cas échéant, pallier une défaillance.

Le transfert s'imposait donc à moyen terme, pour les fins de chirurgie et était souhaitable à brève échéance pour les fins de contrôle du déficit circulatoire. Restait à déterminer le moment où il se ferait. Le Dr Chevrette a alors tenu compte de la distance à parcourir, de la disponibilité immédiate d'une ambulance et du temps qu'elle mettrait à franchir cette distance, de l'état clinique de sa patiente qui, selon l'avis du Dr Cossette dont la science, la pondération et l'objectivité sont sans reproche, semblait moins grave que ne le redoutait le Dr Chevrette lui-même, des avantages, des inconvénients et des risques à faire ce déplacement et il a jugé bon de le faire.

Le juge a ensuite analysé les moyens soulevés par les parties. Le Dr Chevrette a soutenu avoir judicieusement exercé son jugement professionnel et a fait témoigner des experts à l'appui. Les intimés et leurs experts ont pour leur part soutenu que la décision de transférer la patiente à ce moment-là était irresponsable et inacceptable du point de vue médical.

Ayant déjà conclu que les experts des intimés avaient fondé leur évaluation de la conduite du Dr Chevrette sur les renseignements erronés fournis par le Dr Dion, le juge Vallerand a conclu qu'il ne fallait pas retenir l'opinion de ces experts quant à savoir si le Dr Chevrette avait bien agi dans les circonstances, comme il l'exprime:

Ainsi donc selon les témoins-experts de la demande le transfert était contre-indiqué alors que selon ceux de la défense le défendeur Chevrette a pleinement et sagement apprécié la situation et exercé son jugement professionnel accompagné de toutes les précautions requises.

Il est de jurisprudence bien arrêtée que la Cour, lorsque mise en présence de deux écoles généralement reconnues, n'interviendra pas dans le choix raisonnable qu'on a fait de l'une ou l'autre. Mais ce n'est qu'à première vue que notre problème peut sembler se poser sous ce jour. Car la demande soutient que le défendeur

rid" of his patient—an aspersion on the doctor's integrity, and not merely on his competence, which again, apart from the image of the unconscious child weltering in its own blood, was quite inconsistent with the evidence. The plaintiffs forcefully add in passing that whatever the case may be, there can never be any question of transferring a patient before his circulation has been stabilized, an assertion which the plaintiffs' witness Dr. Blanchard, when pressed a bit harder, found himself forced, with the help of an obvious example, to qualify by speaking of an exercise of judgment based on an assessment of the situation. Accepting as I do this qualification by the plaintiffs' expert and accepting the evidence of the defence experts on this point, I find that the advisability of a transfer at a given time is a matter of professional judgment. But by alleging that Dr. Chevette "got rid" of his patient, thereby failing to assess the situation and to exercise his judgment, the plaintiffs are contributing only very incidentally to the Court's evaluation of Dr. Chevette's exercise of judgment.

The trial judge then assessed the conduct of Dr. Chevette in light of the circumstances of the treatment at Hôpital Le Gardeur as revealed by the evidence and, in particular, by the testimony of the medical experts Doctors Cossette and Laflèche. Based on Dr. Chevette's testimony and that of his experts, Vallerand J. found that Dr. Chevette had exercised proper judgment. His conclusions bear repeating:

[TRANSLATION] I therefore find that the defendant Chevette exercised sound judgment after having competently assessed the situation and that he used all reasonable means at his disposal in caring for his patient. That being so, the inevitable conclusion is that he has discharged any burden of proof thrust upon him by the chain of events in question.

In the Court of Appeal, Jacques and LeBel J.J.A. overturned the trial judge on this specific point. While LeBel J.A. focused more specifically on the need for a blood transfusion before the transfer, Jacques J.A. wrote categorically at p. 2629:

[TRANSLATION] The transfer was not absolutely necessary when it was carried out, nor was it one of the risks inherent in the emergency treatment. It was imposed

s'est simplement «débarrassé» de sa patiente—un reproche à l'intégrité du médecin et non plus à sa seule compétence que rien dans la preuve sauf, là encore, le spectre de l'enfant inconsciente et baignant dans son sang ne peut expliquer—et ajoute, tout aussi incidemment que péremptoirement, que quoi qu'il en soit il ne saurait jamais être question de transférer un patient avant que l'équilibre circulatoire ait été rétabli, une affirmation que le D^r Blanchard, de la part de la demande, serré d'un peu plus près, a dû, à l'aide d'un exemple évident, nuancer et ramener à l'exercice d'un jugement, d'une appréciation de la situation. D'accord avec cette nuance apportée par l'expert de la demande elle-même, d'accord avec la preuve d'experts de la défense sur le sujet je retiens donc que l'indication du transfert à un moment ou à l'autre est affaire de jugement professionnel. Mais voilà que la demande qui reproche au D^r Chevette de s'être «débarrassé» de sa patiente et donc de s'être soustrait à l'appréciation des circonstances et à l'exercice de son jugement, se retrouve ainsi qu'elle ne contribue que bien incidemment à l'appréciation que doit faire la Cour de l'exercice qu'a fait de son jugement le D^r Chevette.

Le juge de première instance a ensuite apprécié la conduite du D^r Chevette en fonction des circonstances du traitement à l'Hôpital Le Gardeur, selon les éléments de preuve, plus particulièrement les témoignages des médecins experts Cossette et Laflèche. En se fondant sur le témoignage du D^r Chevette et sur celui des experts, le juge Vallerand a conclu que le D^r Chevette a sagement exercé son jugement. Ses conclusions méritent d'être répétées:

C'est ainsi que j'en viens à la conclusion que le défendeur Chevette a sagement exercé son jugement après avoir avec compétence apprécié la situation et qu'il a mis en œuvre tous les moyens raisonnables à sa disposition au service de sa patiente. Cela dit force est de conclure qu'il a su se soulager de tout fardeau de preuve que la suite des événements a pu lui imposer.

En Cour d'appel, les juges Jacques et LeBel ont infirmé la conclusion du juge de première instance sur ce point précis. Bien que le juge LeBel fasse ressortir plus particulièrement la nécessité d'une transfusion sanguine avant le transfert, le juge Jacques écrit catégoriquement, à la p. 2629:

Le transfert n'était pas absolument nécessaire au moment où il a été fait. Il n'était pas non plus un aléa inhérent au traitement d'urgence. Il a été imposé sans

without adequate justification—the danger of cerebral anoxia—when there existed no risk of immediate loss of the limb.

This decision, unjustified in the circumstances, resulted in Nancy's losing any chance of being healed.

Neither Mailhot nor Beauregard J.J.A. agreed with their colleagues on this aspect of the appeal. They were of the view that the appreciation of expert testimony with regard to professional judgment is the province of the trial judge and that Vallerand J. had not erred in this regard (see pp. 2622 and 2645); Monet J.A. is silent on this issue.

In overturning the findings of the trial judge on this point, neither LeBel nor Jacques J.J.A. made any concrete reference to the expert opinions or to any other evidence presented at trial. With respect, in so doing, they purely and simply substituted their opinion for that of the trial judge in the absence of a determination of any palpable error on his part. Moreover, according to my reading of the evidence, there was ample evidence upon which the trial judge could come to the conclusion that Dr. Chevrette's decision to transfer Nancy was justified. By way of example, the medical expert Dr. Cossette testified as follows (at p. 1221, C.O.A.):

[TRANSLATION]

Q. Dr. Cossette, do you think in retrospect that the record demonstrates a real justification for Dr. Chevrette's decision to transfer the patient?

A. Yes.

Q. Would you please elaborate?

A. As I explained this morning, I think that considering the circumstances and the equipment available as well as Dr. Chevrette's experience, he believed that he had done all within his power and that he had no option but to transfer the child to a place where treatment could be continued and, in my view, that was the correct decision in those circumstances.

Doctors Provost, Laflèche and Laberge also testified that an immediate transfer was sound given the particular circumstances facing Dr. Chevrette

justification adéquate: risque d'une anoxie cérébrale, alors que le risque d'une perte immédiate du membre n'existait pas.

Cette décision, injustifiée dans les circonstances, a donc fait perdre à Nancy la chance d'une guérison.

Les juges Mailhot et Beauregard ne sont pas d'accord avec leurs collègues sur cet aspect de l'appel. Ils sont d'avis qu'il appartient au juge de première instance d'apprécier les témoignages d'experts quant au jugement professionnel exercé et que le juge Vallerand n'a pas commis d'erreur à cet égard (pp. 2622 et 2645); le juge Monet ne traite pas de cette question.

En infirmant les conclusions du juge de première instance sur ce point, ni le juge LeBel ni le juge Jacques ne réfèrent spécifiquement ni aux opinions des experts ni à aucun autre élément de preuve présenté lors du procès. Avec égards, ils substituent ainsi purement et simplement leur opinion à celle du juge de première instance sans indiquer l'erreur manifeste que le premier juge aurait commise. Par ailleurs, selon l'interprétation que je donne aux témoignages, le juge de première instance disposait de nombreux éléments de preuve pour conclure que la décision du Dr Chevrette de transférer Nancy était justifiée. À titre d'exemple, l'expert médical, le Dr Cossette a donné le témoignage suivant (d. c., à la p. 1221):

Q. Docteur Cossette, à votre avis, et en rétrospective, y a-t-il une justification appréciable dans le dossier de la décision du docteur Chevrette de transférer la patiente?

A. Oui.

Q. Pourriez-vous nous l'expliquer?

A. Comme je l'ai expliqué ce matin, je pense que eu égard aux circonstances et aux équipements présents et à l'expérience du docteur Chevrette, il a jugé qu'il était allé au bout de ses ressources et il n'avait pas d'autre choix que de transférer l'enfant dans un milieu qui pouvait faire la suite du traitement et à mon avis, c'était la décision à prendre dans les circonstances.

Les Drs Provost, Laflèche et Laberge ont également témoigné qu'un transfert immédiat était indiqué dans les circonstances particulières aux-

at the time, testimony examined meticulously by the trial judge. I fail to see how the Court of Appeal could overturn those findings while not pointing out where the trial judge had misinterpreted the evidence.

(b) The Blood Transfusion

This issue is closely related to the issue of the transfer from Le Gardeur to Hôpital Sainte-Justine. The respondents contend that the Court of Appeal was right in concluding that the transfusion was essential before Nancy was sent to Sainte-Justine, and that the failure of Dr. Chevette to proceed to such a transfusion constituted a fault on his part.

In his judgment, Vallerand J. referred to the factors which Dr. Chevette took into consideration in order to assess Nancy's condition and determine the priorities of treatment. He said:

[TRANSLATION] On the evidence, the gravity of the case as it presented itself to Dr. Chevette was indicated by the arterial and therefore probably significant haemorrhage together with the child's pallor, and led to fears, without necessarily demonstrating their existence, of the phenomena of compensation, of vasoconstriction and therefore of apprehended shock. On the other hand, all vital signs were positive. It was thus a question of stemming the haemorrhage, of replacing the lost fluids, of giving blood and, finally, of repairing the wound.

After assessing the evidence quoted above as to why a transfer to Sainte-Justine was required, the trial judge continued:

[TRANSLATION] He nevertheless had to stop the haemorrhage and replace the volume of lost fluids, which he did. Of course, we now know that it took almost an hour to insert the intravenous tube. And it might be thought that if, during that same hour, the necessary tests had been carried out to identify a compatible blood type, the child could have been sent off with blood instead of intravenous solution and the outcome might have been better. But on the evidence, there was no indication that setting up the intravenous drip would be so difficult and that blood ordered on arrival might perhaps be available even before it could be used. It was

quelles faisait face le D^r Chevette à ce moment-là, témoignages soigneusement examinés par le juge de première instance. Je n'arrive pas à saisir comment la Cour d'appel a pu infirmer ces conclusions sans indiquer où le juge de première instance avait commis une erreur dans l'interprétation des éléments de preuve.

b) La transfusion sanguine

Cette question se rapproche étroitement de celle du transfert de la patiente de l'Hôpital Le Gardeur à l'Hôpital Sainte-Justine. Les intimés soutiennent que la Cour d'appel a eu raison de conclure que la transfusion était essentielle avant le transfert de Nancy à l'Hôpital Sainte-Justine et que l'omission par le D^r Chevette de procéder à cette transfusion constitue une faute de sa part.

Dans les motifs de son jugement, le juge Vallerand a mentionné les facteurs dont le D^r Chevette a tenu compte pour évaluer l'état de Nancy et déterminer les priorités du traitement:

Selon la preuve, la gravité du cas tel qu'il se présentait au D^r Chevette était indiquée par l'hémorragie artérielle et donc probablement importante jointe à la pâleur de l'enfant et faisait redouter mais ne démontrait pas nécessairement le phénomène de la compensation, de la vaso-constriction et donc du choc appréhendé. En revanche tous les signes vitaux étaient favorables. Il s'agissait donc d'arrêter l'hémorragie, de remplacer le volume de liquide perdu, de donner du sang puis enfin de réparer la blessure.

Après avoir apprécié les éléments de preuve susmentionnés justifiant un transfert à l'Hôpital Sainte-Justine, le juge de première instance poursuit:

Il lui fallait néanmoins arrêter l'hémorragie, remplacer le volume de liquide perdu et c'est ce qu'il a fait. Bien sûr on sait maintenant qu'il fallut près d'une heure pour ménager une entrée au sérum. Et on peut penser que si pendant la même heure on s'était livré aux tests nécessaires pour identifier un sang compatible, l'enfant mise en route avec du sang plutôt que du soluté eut peut-être connu un meilleur sort. Mais selon la preuve rien ne laissait présager qu'on aurait autant de difficultés à installer le soluté et que le sang commandé dès l'arrivée serait peut-être disponible avant même que de pouvoir être reçu. On pouvait raisonnablement prévoir qu'il

reasonable to expect that it would not be available until after the patient's departure and would thus be useless unless the patient was held back, which was judged inadvisable.

In sum, Vallerand J. found that Dr. Chevrette's decision to transfer Nancy to Sainte-Justine immediately, without giving her a blood transfusion, was reasonable.

On appeal, Jacques and LeBel J.J.A. focused particularly on Dr. Chevrette's failure to account for the dynamic evolution of the child's condition, especially the risk of sudden shock, and his failure to discover, by asking either Nancy's parents or the nurses on staff, exactly how much blood she had lost. According to Jacques J.A. at p. 2629:

[TRANSLATION] Dr. Chevrette's conclusion that he "could not assume a transfusion would later be necessary" is inconsistent with his own premises inasmuch as he did not even attempt to evaluate blood loss although he had observed the existence of a pre-shock condition. He was aware of the deceptiveness of the defence and compensation mechanisms in children and of the dynamic, constantly evolving, nature of shock. These medical facts are uncontroverted.

It is an established fact that setting up a blood transfusion, that is from the moment a blood sample is taken until the patient actually begins receiving blood, takes from 30 to 45 minutes, whether at Le Gardeur or at Sainte-Justine. It is also established that the wound had to be repaired and circulation restored within no more than five to seven hours. It is also clear that mere compensation by means of fluid replacement had but limited value and was no more than a stopgap.

In these circumstances, blood transfusion was of paramount importance and ought to have preceded repairing the wound in the sequence of emergency care.

Similarly, LeBel J.A. held at p. 2638:

[TRANSLATION] . . . because of the instability characteristic of the pre-shock state and given that Dr. Chevrette did not really know the extent of the blood loss, although the circumstances should have led him to suspect its seriousness, the most appropriate measure would eventually have been a transfusion.

ne serait là qu'après le départ de la patiente et donc inutile à moins qu'on ne la retienne ce qu'on ne jugeait pas souhaitable.

Bref, le juge Vallerand a conclu que la décision du Dr Chevrette de transférer immédiatement Nancy à l'Hôpital Sainte-Justine, sans transfusion sanguine, était raisonnable.

En appel, les juges Jacques et LeBel font tout particulièrement ressortir le fait que le Dr Chevrette n'a pas tenu compte de l'évolution dynamique de l'état de l'enfant, tout particulièrement du risque de choc soudain, et qu'il n'a pas cherché à connaître exactement l'importance de la perte sanguine, en s'informant auprès des parents de Nancy ou auprès des infirmiers de garde. Selon le juge Jacques, à la p. 2629:

La conclusion du Dr Chevrette qu'il ne «pouvait présumer de la nécessité d'une transfusion ultérieure» n'est pas solidaire des prémisses qu'il retient, car il n'a même pas tenté de former une évaluation de la perte sanguine, alors qu'il constatait un état de préchoc. Il savait que les mécanismes de défense et de compensation des enfants sont décevants et que l'état de choc est un état dynamique, c'est-à-dire en constante évolution; ces données médicales ne sont pas contestées.

Il est constant que la mise en marche d'une transfusion sanguine, soit de la prise d'un échantillon de sang jusqu'à l'alimentation, prend de 30 à 45 minutes, tant à Le Gardeur qu'à Sainte-Justine. Il est également constant que la réparation de la blessure et le rétablissement de la circulation pouvaient tolérer un délai n'excédant pas de cinq à sept heures. De plus, il est encore clair que la simple compensation liquidienne avait ses limites et n'était qu'une mesure d'urgence et temporaire.

Dans ces circonstances, la transfusion sanguine primait et devait précéder, dans l'ordre des soins d'urgence, la réparation de la blessure.

De même le juge LeBel affirme à la p. 2638:

. . . à cause de l'instabilité propre à l'état de préchoc et du fait que le Dr Chevrette ne connaissait pas réellement l'importance de la perte sanguine, dont les circonstances devaient lui faire soupçonner la gravité, la mesure la plus appropriée aurait été éventuellement de donner une transfusion.

The plaintiffs do not deny that as a preliminary measure the injection of a solution such as Rheomacrodex helped replenish fluids in the bloodstream. This treatment did nothing, however, to remedy the pre-shock condition. To get the patient out of this state and to prevent the onset of shock or heart or brain trouble, there was ultimately nothing for it but to inject whole blood. That would, of course, have taken more time, perhaps an hour. The dissection of the vein turned out to be difficult and it was necessary to carry out blood-typing. However, this sort of intervention, in which the attending physician could have been assisted by the duty surgeon if the difficulties encountered made it necessary, would have enabled Nancy Lapointe's condition to have been more effectively stabilized before her transfer to Sainte-Justine. The additional delay would have provided sufficient time to proceed with the repairing of the limb. The cardiac arrest at Sainte-Justine hospital and its consequences would thereby likely have been avoided.

And, although less unequivocal, Mailhot J.A. wrote at p. 2645:

[TRANSLATION] . . . because of the instability characteristic of the pre-shock state and given that Dr. Chevrette did not really know the extent of blood loss, although he could have guessed it to be considerable from the nature of the wound, he should have immediately carried out a blood analysis in order to determine the patient's blood group in anticipation of a possible blood transfusion.

It is clear that the reversal of the trial judge's findings on this point did not stem from a disagreement on the proper standard of liability, since none of the appellate court judges stated or even implied that Vallerand J. had misapprehended the legal test. Nor is it apparent that the majority found a palpable and overriding error in law or in the trial judge's findings and conclusions of fact. One must conclude, then, that the appellate court simply disagreed with the lower court's appreciation of the facts, and so substituted its own interpretation.

For example, Vallerand J. indicated that, according to the evidence he found credible, Dr. Chevrette could not have foreseen the time it

L'on ne conteste pas, en demande, que, comme mesure préliminaire, l'injection d'un soluté comme le «macro réodex» contribuait à établir le volume de liquide dans le système sanguin. Toutefois, cette mesure de traitement ne corrigeait pas l'état de préchoc. Pour sortir la patiente de cet état et l'empêcher d'évoluer vers le choc ou l'accident cardiaque ou cérébral, la seule façon était finalement de lui injecter un sang complet. Il eût certes fallu prendre davantage de temps, peut-être une heure. La dissection veineuse s'avérait difficile et l'on devait procéder au «typage» du sang. Cependant, une telle intervention, où le médecin traitant aurait pu être assisté du chirurgien de garde, si nécessaire, à cause des difficultés rencontrées, aurait permis de stabiliser plus sûrement l'état de Nancy Lapointe avant son transfert à Sainte-Justine. Ce délai additionnel aurait laissé une marge de temps suffisante pour procéder à la réparation du membre. L'on aurait probablement évité ici l'arrêt cardiaque survenu à l'Hôpital Sainte-Justine et ses conséquences.

Enfin, quoique d'une façon moins catégorique, le juge Mailhot écrit à la p. 2645:

. . . à cause de l'instabilité propre à l'état de préchoc et devant le fait que le Dr Chevrette ne connaissait pas réellement l'importance de la perte sanguine, tout en pouvant deviner selon la nature de la blessure qu'elle devait être importante, le médecin aurait dû procéder immédiatement à une analyse sanguine pour faire déterminer le groupe sanguin de la patiente en vue d'une transfusion de sang éventuelle.

Il est évident que le rejet des conclusions du juge de première instance sur ce point ne résulte pas d'un désaccord sur le standard de responsabilité applicable puisqu'aucun des juges de la Cour d'appel ne mentionne ou même ne laisse entendre que le juge Vallerand a mal interprété le test juridique. Il n'est pas plus évident que les juges de la majorité ont décelé une erreur manifeste et dominante en droit ou dans les conclusions de fait du juge de première instance. On doit alors conclure que la Cour d'appel n'était tout simplement pas d'accord avec l'appréciation des faits du tribunal d'instance inférieure et qu'elle y a substitué sa propre interprétation.

À titre d'exemple, le juge Vallerand a indiqué que, selon les témoignages qu'il considérait comme crédibles, le Dr Chevrette ne pouvait pré-

would take to administer intravenous treatment at Le Gardeur, and hence he could not be blamed for not having ordered blood-typing in the interim. Yet LeBel J.A. held that Dr. Chevrette should have proceeded with blood tests once he realized how long the dissection would take, without indicating where the trial judge had made an error in his assessment of the evidence on this point nor why the Court of Appeal should be entitled to accept the evidence of expert witnesses which the trial judge had found not to be credible.

Similarly, Vallerand J. found as a fact that, in the opinion of credible medical experts, the defendant made a reasonable decision with respect to the transfusion. The majority of the Court of Appeal seems to have simply ignored this finding and, without referring to an error or a disregard by the trial judge of the relevant evidence, held that Dr. Chevrette made a completely irresponsible decision when he chose to order an immediate transfer rather than perform a transfusion at Hôpital Le Gardeur.

My own reading of the evidence indicates that, on this particular point, the trial judge neither ignored nor misapprehended the evidence. While the Court of Appeal focused on Dr. Chevrette's failure to ask Nancy's parents how much blood she had lost before arriving at Le Gardeur, the testimony of the experts found credible by Vallerand J. shows that Dr. Chevrette would have been able to estimate the blood loss based on the patient's vital signs and clinical status (see evidence of Dr. Cossette, at p. 1143 C.O.A.). As well, the child's vital signs, well within the normal range, her state of consciousness and the lack of change in her condition from the time she left Le Gardeur to the time she arrived at Sainte-Justine indicate that her condition had stabilized even in the absence of a blood transfusion, vindicating Dr. Chevrette's decision to make the transfer to the better-equipped hospital right away (see testimony

voir le temps nécessaire pour administrer un traitement intraveineux à l'Hôpital Le Gardeur et qu'il ne pouvait être blâmé de ne pas avoir ordonné le typage du sang entre-temps. Malgré tout, le juge LeBel conclut que le Dr Chevrette aurait dû procéder à des tests sanguins lorsqu'il s'est rendu compte qu'il serait long de procéder à la dissection, mais il n'indique pas où le juge de première instance a commis une erreur dans son appréciation des éléments de preuve sur ce point ni pourquoi la Cour d'appel aurait le droit de retenir les témoignages des experts que le juge de première instance n'a pas jugé crédibles.

De même, le juge Vallerand a tiré la conclusion de fait que, de l'avis d'experts médicaux crédibles, le défendeur avait pris une décision raisonnable concernant la transfusion. La Cour d'appel à la majorité semble tout simplement avoir fait abstraction de cette conclusion et, sans mentionner que le juge de première instance a commis une erreur ou n'avait pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents, elle statue que le Dr Chevrette a pris une décision tout à fait irresponsable lorsqu'il a choisi d'ordonner le transfert immédiat de la patiente plutôt que de lui administrer une transfusion à l'Hôpital Le Gardeur.

Selon ma propre interprétation des témoignages sur ce point précis, le juge de première instance n'a pas fait abstraction des éléments de preuve et ne les a pas mal interprétés. Bien que la Cour d'appel ait mis l'accent sur le fait que le Dr Chevrette n'a pas demandé aux parents de Nancy si elle avait perdu beaucoup de sang avant d'arriver à l'Hôpital Le Gardeur, les témoignages des experts, que le juge Vallerand a jugé crédibles, indiquent que le Dr Chevrette pouvait évaluer l'importance de la perte sanguine en se fondant sur les signes vitaux et l'état clinique de la patiente (voir le témoignage du Dr Cossette, d. c., à la p. 1143). Par ailleurs, les signes vitaux de l'enfant, bien à l'intérieur de la courbe normale, le fait qu'elle était consciente et le peu de changement dans son état entre le moment où elle a quitté l'Hôpital Le Gardeur et le moment où elle est arrivée à l'Hôpital Sainte-Justine indiquent que son état s'était stabilisé même en l'absence d'une transfusion sanguine, justifiant ainsi la

of Dr. Laflèche, at p. 1274 C.O.A.; testimony of Dr. Cossette, at pp. 1167-68 C.O.A.).

In my view, the Court of Appeal had no grounds upon which to reverse the findings of the trial judge on this point.

(c) The Information Transmitted to Sainte-Justine

Although the issue of the information given by Dr. Chevette to Hôpital Sainte-Justine does not appear to have been central at trial, it became a focal point in the case before the Court of Appeal.

Vallerand J. disposed of this matter in the following terms:

[TRANSLATION] That brings me to the second criticism: the defendant Chevette's alleged failure to fulfil his duty to transmit when the patient was transferred all information required to ensure continuity of treatment. This criticism can be quickly disposed of.

I find, for the preceding reasons, that it was Dr. Chikhany and not Dr. Dion whom Dr. Chevette informed of his patient's arrival. I likewise find that he then attempted, albeit not without some difficulty, to provide all relevant information and to bring home to his interlocutor the seriousness of the case. The certificate sent with the patient was admittedly succinct. I adopt however without qualification the opinion of Dr. Laflèche that Dr. Chevette scarcely had time to write out a certificate and that, as far as he was concerned, it seemed infinitely preferable to give the information orally so that the two physicians could communicate fully, rather than to scribble a few words on a sheet of paper.

To conclude on the subject of this criticism, I note that, even supposing it to be valid, it could be directed at both interlocutors, since the obligation to request all necessary information was undoubtedly as important as the duty to provide it, once it is accepted, which it is, that Dr. Chevette announced the arrival of a patient with a serious arterial haemorrhage.

décision du D^r Chevette d'acheminer immédiatement l'enfant vers un hôpital mieux équipé (voir le témoignage du D^r Laflèche, d. c., à la p. 1274, et celui du D^r Cossette, d. c., aux pp. 1167 et 1168).

À mon avis, la Cour d'appel n'avait aucun motif d'infirmer les conclusions du juge de première instance sur ce point.

c) Les renseignements fournis à l'Hôpital Sainte-Justine

Bien que la question des renseignements fournis par le D^r Chevette à l'Hôpital Sainte-Justine ne semble pas avoir été un élément central du procès, elle l'est devenue devant la Cour d'appel.

Le juge Vallerand tranche la question de la façon suivante:

J'en viens maintenant au second reproche, celui que le défendeur Chevette n'aurait pas, contrairement à son devoir, transmis lors du transfert de la patiente tous les renseignements requis pour assurer la continuité du traitement. C'est là un reproche qu'on peut écarter sommairement.

Je retiens, ainsi et pour les raisons que j'ai déjà dites que c'est au D^r Chikhany et non pas au D^r Dion que le D^r Chevette a annoncé l'arrivée de sa patiente. Et de la même façon qu'il a alors cherché, non sans difficulté d'ailleurs, à fournir tous les renseignements pertinents et à sensibiliser son interlocuteur à un cas sérieux. Que le certificat transmis avec la patiente eut été succinct, j'en conviens. Mais en revanche je fais mien sans réserve l'avis du D^r Laflèche à l'effet que le D^r Chevette n'avait guère le temps de s'astreindre à la rédaction d'un certificat et que pour sa part il lui apparaissait infiniment préférable que les renseignements fussent donnés oralement alors que les deux médecins peuvent communiquer complètement plutôt que griffonnés sur un bout de papier.

En terminant sur le sujet de ce reproche, je note que, s'il était par ailleurs valable, il s'adresserait à l'un et l'autre des deux interlocuteurs car l'obligation d'exiger toutes les informations nécessaires était, sans doute, aussi importante que celle de les fournir, une fois acquis, ce qui est constant, que le D^r Chevette annonçait une patiente victime d'une hémorragie artérielle importante.

All of the judges on appeal expressed concern on this point, the majority holding that Dr. Chevrette should have made further attempts to alert the staff at Sainte-Justine to the seriousness of the incoming case once he realized that his initial phone call might not have been effective. Monet J.A. emphasized that, given his doubts about the effectiveness of his phone call, Dr. Chevrette should have taken further steps (at p. 2625):

[TRANSLATION] It is thus apparent that Dr. Chevrette himself believes that he failed to get the message across to his interlocutor, i.e. that it was a case of extreme urgency, almost of life or death. He hung up, frustrated. Though disappointed with the lack of response on the part of his interlocutor, whom he had not succeeded in making aware of the problem, he did nothing. He made no other call to a head of medical services, to a duty surgeon or even to the head nurse. There was nothing in the way of an S.O.S intended for the medical team at Sainte-Justine, which could have been given to the nurse accompanying the child in the ambulance. And yet that certainly was not the time to spare the feelings of an unknown and phlegmatic interlocutor. Indeed, had Sainte-Justine hospital been sued, it could probably have argued that it was justified in believing that the patient's condition had been stabilized at Le Gardeur hospital even though from the perspective of a non-specialist the case appeared serious.

That, in my opinion, was a violation of the duty of care.

After reviewing the information which Dr. Chevrette could have sent, Mailhot J.A. concluded at p. 2646:

[TRANSLATION] It can be imagined that in an emergency situation such as Nancy Lapointe's, the summary of relevant facts ought to have accompanied the child, and the transfer document, while terse, did not, in my view, contain the relevant information. Nothing could be further from my intention than to require a long and complex composition, since, according to the experts, the time factor is important in the case of a five-year-old child in a state of pre-shock, who has experienced considerable blood loss and whose physiological defence mechanisms may suddenly fail, but the relevant information should have appeared on the transfer document.

Furthermore, I do not believe that I am imposing on Dr. Chevrette an obligation which did not exist in 1975.

Tous les juges de la Cour d'appel ont exprimé leurs préoccupations sur ce point, les juges de la majorité statuant que le Dr Chevrette aurait dû tenter de nouveau de sensibiliser le personnel de l'Hôpital Sainte-Justine à la gravité de la blessure de la patiente lorsqu'il s'est rendu compte que son appel initial n'avait peut-être pas été efficace. Le juge Monet fait ressortir que, vu qu'il doutait de l'efficacité de son appel, le Dr Chevrette aurait dû prendre d'autres mesures (à la p. 2625):

On y voit que le Dr Chevrette lui-même estime qu'il n'a pas transmis à son interlocuteur le message: cas d'extrême urgence qui voisine le cas de vie ou de mort. Il a raccroché. Il était frustré. Déçu de l'absence de réaction de son interlocuteur qu'il n'avait pas réussi à sensibiliser, il n'a rien fait. Pas un autre appel à un chef de service, un chirurgien de garde, voire à l'infirmière-chef. Pas un mot style S.O.S. destiné à l'équipe médicale de Sainte-Justine qui aurait pu être remis à l'infirmière qui a accompagné l'enfant en ambulance. Pourtant, ce n'était pas le temps de ménager les susceptibilités d'un interlocuteur inconnu et flegmatique à la fois. En fait, si l'Hôpital Sainte-Justine avait été poursuivi en justice, il aurait vraisemblablement pu plaider qu'il était fondé à croire que l'état de la patiente avait été stabilisé à l'Hôpital Le Gardeur, bien que, aux yeux d'un non-spécialisé, le cas semblait grave.

À mon avis, il s'agit là d'un manquement à l'obligation de soins.

Après un examen des renseignements que le Dr Chevrette aurait pu transmettre, le juge Mailhot conclut à la p. 2646:

L'on peut imaginer que, dans une situation d'urgence telle que vécue par Nancy Lapointe, le sommaire des données pertinentes aurait dû accompagner l'enfant et le document de transfert, bien que sommaire, ne contenait pas, à mon avis, les données pertinentes. Loin de moi d'imposer une rédaction complexe et longue car l'élément temps, selon les experts, est un facteur important devant une enfant de cinq ans en état de préchoc, qui a perdu une bonne quantité de sang et dont les mécanismes de défense physiologiques peuvent s'effondrer subitement, mais les informations pertinentes auraient dû apparaître au document de transfert.

En outre, je ne considère pas que j'impose au Dr Chevrette une obligation qui n'existait pas en 1975.

In my view, a physician whose services have been sought and who, in his professional judgment, decides to send his patient to another institution or another professional, must take the necessary steps to ensure that they are provided with the relevant information essential for the continuation of treatment. This obligation is all the more imperative in a case of emergency and where a child of tender years, having suffered considerable blood loss, is in the aforementioned state of pre-shock.

Thus, with respect for the opinion of the trial judge, I cannot, as he did, summarily dismiss the criticism levelled against Dr. Chevette that he failed to pass on all the information required to ensure continuity of treatment. [Emphasis in original.]

For his part, LeBel J.A. found a causal connection between Dr. Chevette's conduct and the eventual deterioration in Nancy's condition (at p. 2638):

[TRANSLATION] The conduct of the doctors at Sainte-Justine hospital on the patient's arrival at the outpatient clinic indicates clearly that the immediate urgency of Nancy Lapointe's case was not completely understood. A series of tests and checks, most notably X-rays, were carried out prior to treatment. If Dr. Chevette had ensured, in his oral or written communications or those relayed by the nurse accompanying Nancy Lapointe, that the necessary information had been passed on and understood, a different approach would likely have been taken at Sainte-Justine hospital. Treatment would have been pursued with greater diligence and a greater sense of the real urgency of the patient's case.

Beauregard J.A., however, wrote on this point at p. 2624:

[TRANSLATION] I am tempted to conclude that Dr. Chevette was not particularly careful. But, again, even if that is true, I could not find him liable as the evidence does not establish on the balance of probabilities a causal nexus between the fault I ascribe to Dr. Chevette for the purposes of this discussion and the fact that the child lapsed into a state of shock.

Was the shock due to the fact that, at Sainte-Justine, the gravity of the case not being known, too much time was taken in treating the child, or did it stem rather from the fact that, at that hospital, even if the seriousness of the case was known, someone negligently allowed the child to lose much blood? We do not have the answer to

À mon avis, le médecin à qui l'on s'est adressé pour des soins et qui, dans son jugement professionnel, décide de confier sa patiente à une autre institution ou à un autre professionnel doit prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que ces derniers ont en main les informations pertinentes et essentielles au suivi des traitements. Cette obligation est d'autant plus impérieuse lorsqu'il s'agit d'un cas d'urgence et de l'état déjà dit de préchoc d'une enfant en bas âge qui a perdu une quantité appréciable de sang.

Ainsi, et avec égard pour l'opinion du premier juge, je ne puis, comme lui, écarter sommairement le reproche fait au Dr Chevette de n'avoir pas transmis tous les renseignements requis pour assurer la continuité du traitement. [En italique dans l'original.]

Quant à lui, le juge LeBel constate l'existence d'un lien de causalité entre la conduite du Dr Chevette et la détérioration de l'état de Nancy (à la p. 2638):

Le comportement des médecins à l'Hôpital Sainte-Justine, à sa réception à la clinique externe, indique fort bien que l'on ne percevait pas complètement l'urgence immédiate du cas de Nancy Lapointe. L'on avait entrepris une série de vérifications et de contrôles préalables aux traitements, notamment des radiographies. Si le Dr Chevette s'était assuré, dans ses communications verbales ou écrites ou par l'intermédiaire de l'infirmière qui convoyait Nancy Lapointe, que l'information nécessaire avait été transmise et comprise, l'approche aurait été probablement différente à l'Hôpital Sainte-Justine. L'on aurait procédé avec plus de diligence et plus de sens de l'urgence réelle du cas de la patiente.

Toutefois, le juge Beauregard écrit sur ce point, à la p. 2624:

Je suis tenté de conclure que le Dr Chevette n'a pas été très prudent. Mais, ici encore, même si cela était, je ne pourrais conclure à la responsabilité du Dr Chevette puisque la preuve n'établit pas de façon prépondérante le lien de causalité entre la faute que j'impute au Dr Chevette pour les fins de la discussion et le fait que l'enfant est tombée en choc.

Est-ce que le choc fut causé par suite du fait que, à Sainte-Justine, ignorant qu'on était de la gravité du cas, on a mis trop de temps à traiter l'enfant, ou est-ce qu'il fut plutôt causé par le fait que, au même hôpital, même si l'on était au courant de la gravité du cas, quelqu'un a négligemment permis que l'enfant perde beaucoup de

this two-part question either and, in my view, the appellants ought to have provided that answer.

Given our ignorance of the actual events, it is extremely dangerous to give judgment against Dr. Chevette, with all that entails, when, from the steps taken by the medical authorities at Sainte-Justine upon the child's arrival there, one is inclined to conclude that the gravity of the situation was known. There is in fact serious evidence to suggest that at the very time these steps were being taken there was some inopportune fiddling with the tourniquet.

The majority of the Court of Appeal concluded, therefore, that since Dr. Chevette's professional obligation included conveying the necessary information to the second hospital, he failed because the telephone conversation with Dr. Chikhany did not alert the latter to the severity of Nancy's condition. In particular, they expressed the view that a lengthier note would have been appropriate.

In reversing the holding of the trial judge on this point, one must assume that the court was well aware that Dr. Chevette's obligation was one of means, since the court did not indicate that it proceeded from a different legal standard. Neither did the court imply that the trial judge had applied the wrong test. If the Court of Appeal found that the trial judge misread the evidence on this point, it did not indicate the evidence upon which it based its findings, nor the evidence the trial judge misapprehended. The Court of Appeal instead focused uniquely on Dr. Chevette's testimony, in which he related his doubts about his success in alerting Dr. Chikhany sufficiently to the gravity of the incoming case. The trial judge, however, discussed this point in the context of the whole of the evidence, particularly the expert evidence put before him by Dr. Laflèche, to the effect that a telephone call was a more effective means of communication than a lengthy note in the circumstances.

sang? Nous n'avons pas non plus ici la réponse à cette double question et, à mon avis, il incombait aux appelants d'apporter cette réponse.

Devant notre ignorance quant à ce qui s'est vraiment passé, il est grandement risqué de condamner le Dr Chevette, avec tout ce que cela comporte, alors que, des mesures prises par les autorités médicales de Sainte-Justine à l'arrivée de l'enfant à cet hôpital, on est tenté de conclure qu'on était au courant de la gravité du cas et qu'il y a, par ailleurs, des éléments de preuve sérieux au dossier qui tendent à démontrer que, en même temps que ces mesures étaient prises, on aurait parallèlement joué inopportunément avec le garrot.

Les juges de la majorité de la Cour d'appel concluent en conséquence que, puisque le Dr Chevette avait l'obligation professionnelle de transmettre les renseignements nécessaires au deuxième hôpital, il a échoué parce que, dans sa conversation téléphonique avec le Dr Chikhany, il n'a pas réussi à sensibiliser ce dernier à la gravité de l'état de Nancy. Ils indiquent tout particulièrement qu'il aurait été opportun pour le Dr Chevette de rédiger une note plus longue.

On doit présumer que, infirmant la conclusion du juge de première instance sur ce point, la Cour d'appel n'ignorait pas que le Dr Chevette avait une obligation de moyens puisqu'elle n'indique pas qu'elle se fonde sur un critère juridique différent. La Cour d'appel ne laisse pas non plus entendre que le juge de première instance ait appliqué un test erroné. Si elle conclut que le juge de première instance a mal interprété les éléments de preuve sur ce point, elle n'indique pas sur quels éléments de preuve elle fonde ses propres conclusions ni ne précise les éléments de preuve que le juge de première instance aurait erronément interprétés. La Cour d'appel met plutôt l'accent uniquement sur le témoignage du Dr Chevette qui a indiqué qu'il ne croyait pas avoir réussi à sensibiliser suffisamment le Dr Chikhany à la gravité de l'état de la patiente qui devait arriver. Toutefois, le juge de première instance a analysé ce point dans le contexte de l'ensemble de la preuve, notamment le témoignage de l'expert, le Dr Laflèche, qui a dit qu'un appel téléphonique était un moyen de communication plus efficace qu'une longue note dans les circonstances.

There is no indication that Vallerand J. had anything less than a full grasp of the evidence on this point, including Chevrette's own testimony, nor that he misapprehended such evidence. His conclusion that Dr. Chevrette had acted diligently in the circumstances is not open to criticism since it is based on such evidence which he found credible. Taken in isolation, Dr. Chevrette's frank discussion of his worries might have had some importance. When considered, however, in the context of all the other evidence, and in view of the findings of credibility by the trial judge, that particular testimony is not determinative. In my view, this finding did not constitute a palpable error since the trial judge based his conclusions on the evidence. The Court of Appeal was not entitled to substitute its opinion for that of the trial judge in such circumstances.

On this point, the evidence clearly shows that the staff at Sainte-Justine were sufficiently alerted to Nancy's condition that they knew it was serious, were expecting her and gave her immediate priority of treatment (see the trial judge's finding on this point). As well, the doctor who spoke on the phone with Dr. Chevrette, Dr. Chikhany, was alerted by the call to the severity of the case sufficiently that he wrote on the admission sheet [TRANSLATION] "significant arterial haemorrhage", critical information that did not appear on the transfer note nor that could be discerned from Nancy's condition on arrival at Sainte-Justine (see p. 915 C.O.A.). The transfer note together with the admission sheet and other documents at Sainte-Justine confirm that the staff appreciated the incoming patient's medical state (see exhibits P-2, P-2A and P-1A). The information on exhibit P-2A, for instance, included the time of Nancy's accident, a detail which Mailhot J.A., with respect, mistakenly used as an example of the sort of information which Dr. Chevrette should have communicated, but failed to communicate, to Sainte-Justine. It must be borne in mind that the events at Sainte-Justine following Nancy's arrival were difficult to assess on the evidence given Vallerand J.'s finding that Dr. Dion, the doctor on call at emergency, was not a credible witness. Finally, expert

Rien ne porte à croire que le juge Vallerand n'a pas saisi complètement la nature des éléments de preuve sur ce point, y compris le témoignage du Dr Chevrette, ni qu'il les a mal compris. On ne peut critiquer sa conclusion que le Dr Chevrette a agi avec diligence dans les circonstances parce qu'elle est fondée sur ces éléments de preuve qu'il a jugé crédibles. Pris isolément, le témoignage franc du Dr Chevrette quant à ses préoccupations pourrait avoir une certaine importance. Toutefois, dans le contexte de l'ensemble de la preuve et compte tenu du fait que le juge de première instance l'a estimé crédible, ce témoignage n'est pas déterminant. À mon avis, cette conclusion ne constitue pas une erreur manifeste puisque le juge de première instance a fondé ses conclusions sur la preuve. La Cour d'appel n'était pas habilitée à substituer son opinion à celle du juge de première instance dans les circonstances.

Sur ce point, la preuve indique clairement que le personnel de l'Hôpital Sainte-Justine était suffisamment sensibilisé à la gravité de l'état de Nancy, qu'il l'attendait et qu'il lui a donné priorité de traitement (voir la conclusion du jugement de première instance sur ce point). En outre, le médecin qui a conversé au téléphone avec le Dr Chevrette, le Dr Chikhany, avait été suffisamment sensibilisé à la gravité de l'état de la patiente puisqu'il a écrit sur la feuille d'admission «hémorragie artérielle importante», renseignement critique qui ne figurait pas sur la feuille de transfert et que l'on ne pouvait pas constater au vu de l'état de Nancy à son arrivée à l'Hôpital Sainte-Justine (voir d. c., à la p. 915). La feuille de transfert, la feuille d'admission et les autres documents de l'Hôpital Sainte-Justine confirment que le personnel était sensibilisé à la condition médicale de la patiente attendue (voir les pièces P-2, P-2A et P-1A). Par exemple, les renseignements qui figurent sur la pièce P-2A précisent, notamment, l'heure de l'accident de Nancy, détail que le juge Mailhot de la Cour d'appel, avec égards, a utilisé par erreur, comme exemple du type de renseignements qui aurait dû être communiqué à l'Hôpital Sainte-Justine par le Dr Chevrette mais qui ne l'a pas été. On doit se rappeler que les événements qui se sont déroulés à l'Hôpital Sainte-Justine après l'arrivée de Nancy sont difficiles à

evidence at trial revealed that the information, which the majority of the Court of Appeal reproached Dr. Chevette for not sending, typically should have been double-checked by the staff at Sainte-Justine after Nancy's arrival (see the testimony of Dr. Provost at pp. 1051-52 C.O.A. and of Dr. Laflèche at p. 1295 C.O.A.).

In my view, there was no ground for the Court of Appeal to reverse the trial judge's findings on this point.

Conclusions

For the above reasons, I must conclude that the Court of Appeal was wrong in reversing the trial judge's findings and conclusions of fact in the absence of a palpable error on the part of the trial judge. Accordingly, the appeal must be allowed, the motion by the respondents to modify the Court of Appeal's conclusions dismissed, the Court of Appeal judgment reversed and the judgment of Vallerand J. at trial restored.

I cannot leave this matter, however, without expressing great sympathy for Nancy's tragic fate as a result of this accident and for the pain and suffering imposed upon her parents since then. Guided by sympathy alone, my task here would have been much easier. As a judge, however, I must uphold the law and sympathy is a poor guide in such matters. Justice according to law is the only guide and justice must work for both parties engaged in litigation, plaintiffs as well as defendants.

It is also deeply regrettable that this case, arising from an accident which occurred in 1975, took so long to come to its final resolution through, I understand, no fault of the respondents nor, for that matter, of the appellant.

établir à partir de la preuve puisque le juge Vallerand a conclu que le Dr Dion, le médecin de garde à l'urgence, n'était pas un témoin crédible. Enfin, selon les témoignages d'experts au procès, ces renseignements, que les juges de la majorité de la Cour d'appel ont reproché au Dr Chevette de ne pas avoir transmis, auraient dû ordinairement être vérifiés de nouveau par le personnel de l'Hôpital Sainte-Justine après l'arrivée de Nancy (voir le témoignage du Dr Provost, d. c., aux pp. 1051 et 1052, et celui du Dr Laflèche, d. c., à la p. 1295).

À mon avis, la Cour d'appel n'avait aucun motif d'infirmer les conclusions du juge de première instance sur ce point.

Conclusions

Pour tous ces motifs, je dois conclure que la Cour d'appel a eu tort d'infirmer les conclusions de fait du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste de la part de ce dernier. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter la demande de modification des conclusions de la Cour d'appel présentée par les intimés, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de première instance du juge Vallerand.

Toutefois, je ne saurais terminer sans exprimer une grande sympathie à l'égard du sort tragique de Nancy à la suite de cet accident et de la douleur et de la souffrance imposées à ses parents depuis. Guidée seulement par la sympathie, ma tâche aurait été beaucoup plus facile. Toutefois, en tant que juge, je dois appliquer les règles de droit et la sympathie est un mauvais guide dans ces circonstances. Justice doit être rendue conformément aux règles de droit et justice doit être rendue à l'égard des deux parties à un litige, tant les demandeurs que les défendeurs.

Il est également fort regrettable que cette affaire, découlant d'un accident survenu en 1975, ait pris tant de temps à parvenir à un règlement final, ce qui, si je comprends bien, n'est attribuable ni à la faute des intimés ni à celle, d'ailleurs, de l'appellant.

Under the circumstances of this case, I would order that the appeal be allowed without costs throughout.

Appeal allowed without costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondents: Pilon & Lagacé, Montréal.

Dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi sans dépens dans toutes les cours.

a Pourvoi accueilli sans dépens.

Procureurs de l'appelant: McCarthy Tétrault, Montréal.

b Procureurs des intimés: Pilon & Lagacé, Montréal.

Hôpital Le Gardeur Appellant

v.

Gabrielle Imbeault-Lapointe and Paul-Émile Lapointe, in his personal capacity and as tutor to his minor daughter Nancy Lapointe Respondents

INDEXED AS: LAPOINTE v. HÔPITAL LE GARDEUR

File No.: 21698.

1991: October 3; 1992: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil responsibility — Hospital — Action against doctor and hospital — No fault on part of doctor — Action against hospital dismissed.

Alleging medical malpractice, respondents brought an action for damages against a doctor and the appellant hospital. The Superior Court found no fault on the part of the doctor and dismissed the action. The Court of Appeal reversed this judgment and found both the doctor and the hospital liable. In the companion appeal, *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, this Court allowed the doctor's appeal.

Held: The appeal should be allowed.

The action against the hospital must follow the outcome of the action against the doctor. Since the doctor was found not to have been at fault, the hospital cannot be held liable.

Cases Cited

Applied: *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2619, 25 Q.A.C. 33, 2 C.C.L.T. (2d) 97, reversing a judgment of the Superior Court dismissing respondents' action against appellant. Appeal allowed.

Hôpital Le Gardeur Appellant

c.

Gabrielle Imbeault-Lapointe et Paul-Émile Lapointe, personnellement et ès-qualités de tuteur à son enfant mineure Nancy Lapointe Intimés

RÉPERTORIÉ: LAPOINTE c. HÔPITAL LE GARDEUR

N° du greffe: 21698.

c 1991: 3 octobre; 1992: 13 février.

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

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Hôpital — Action intentée contre un médecin et l'hôpital — Absence de faute de la part du médecin — Action contre l'hôpital rejetée.

Alléguant une faute médicale, les intimés ont intenté une action en dommages-intérêts contre un médecin et l'hôpital appellant. La Cour supérieure a conclu à l'absence de faute de la part du médecin et a rejeté l'action. La Cour d'appel a infirmé ce jugement et retenu la responsabilité du médecin et de l'hôpital. Dans le pourvoi connexe *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, cette Cour a accueilli le pourvoi du médecin.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'action contre l'hôpital doit suivre le sort de celle intentée contre le médecin. Puisqu'aucune faute n'a été retenue contre le médecin, la responsabilité de l'hôpital ne peut être engagée.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 2619, 25 Q.A.C. 33, 2 C.C.L.T. (2d) 97, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté l'action des intimés contre l'appellant. Pourvoi accueilli.

Pierre Bélanger and Michel Robert, for the appellant.

Jean-Pierre Pilon and Yvan Major, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal was argued concurrently with the appeal by Dr. Chevette, a physician on emergency duty at the Hôpital Le Gardeur who administered emergency care to Nancy Lapointe, the respondents' daughter. Alleging fault by Dr. Chevette, the respondents sued both Dr. Chevette and the hospital. The Court of Appeal allowed the respondents' action against Dr. Chevette as well as the hospital, hence the appeal brought by each of them, appeals that were argued concurrently.

In a judgment rendered today this Court allowed the appeal brought by Dr. Chevette, reversed the Court of Appeal's judgment and affirmed the judgment of the trial judge dismissing the respondents' action against Dr. Chevette, concluding he was not at fault: *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351.

The respondents' action against the hospital must necessarily follow the outcome of that brought against Dr. Chevette. The hospital could only be liable, whether legally, delictually or contractually, depending on the thesis retained, in the event that Dr. Chevette was found to be at fault.

All these important and highly interesting questions, as well as various theories put forward in this area, were argued in this Court, but always from the perspective of professional fault on the part of Dr. Chevette. As Dr. Chevette was not found liable, this Court has nothing further to decide except to allow the appellant hospital's appeal from the Court of Appeal's judgment.

Any other question which the parties might wish this Court to decide or which the Court might be inclined to consider would only be *obiter* in the

Pierre Bélanger et Michel Robert, pour l'appellant.

Jean-Pierre Pilon et Yvan Major, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Cet appel a été plaidé en même temps que l'appel du Dr Chevette, médecin en devoir à l'urgence de l'Hôpital Le Gardeur, qui a administré les soins d'urgence à Nancy Lapointe, la fille des intimés. Alléguant la faute du Dr Chevette, les intimés ont poursuivi tant le Dr Chevette que l'hôpital. La Cour d'appel a accueilli l'action des intimés tant contre le Dr Chevette que contre l'hôpital, d'où l'appel logé par chacun d'eux, appels qui ont été plaidés en même temps.

Dans un arrêt rendu ce jour, notre Cour accueille l'appel logé par le Dr Chevette, infirme l'arrêt de la Cour d'appel et confirme le jugement du juge de première instance qui a rejeté l'action des intimés contre le Dr Chevette, concluant à l'absence de faute de sa part: *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351.

L'action des intimés contre l'hôpital doit nécessairement suivre le sort de celle instituée contre le Dr Chevette. Ce n'est, en effet, qu'au cas de faute retenue contre le Dr Chevette que la responsabilité de l'hôpital pourra ou non être engagée, soit légalement, soit délictuellement, soit contractuellement, dépendant de la thèse qui l'emporterait.

Toutes ces questions importantes et fort intéressantes, ainsi que les diverses théories qui se sont fait jour en la matière, ont été plaidées devant nous, mais toujours dans l'optique où la faute professionnelle du Dr Chevette serait retenue. Or, cette responsabilité n'ayant pas été retenue, nous n'avons rien d'autre à décider si ce n'est que d'accueillir l'appel de l'hôpital appelant contre l'arrêt de la Cour d'appel.

Toute autre question que les parties voudraient nous voir décider ou que notre Cour pourrait être tentée d'examiner ne serait qu'*obiter* dans le cir-

circumstances. I am of the view that, however tempting it might be, it would be neither wise nor appropriate to undertake a review of such important matters in this context.

I would accordingly allow the appeal, reverse the Court of Appeal's judgment and restore the trial judgment, the whole without costs throughout.

Appeal allowed without costs.

Solicitors for the appellant: Langlois, Robert, Montréal.

Solicitors for the respondents: Pilon & Lagacé, Montréal.

constances. J'estime que, quelle que soit la tentation qu'on puisse avoir, il ne serait ni sage ni approprié d'entreprendre l'examen de questions aussi importantes dans ce contexte.

En conséquence, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais le jugement de première instance, le tout sans frais dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli sans dépens.

Procureurs de l'appelant: Langlois, Robert, Montréal.

Procureurs des intimés: Pilon & Lagacé, Montréal.

Her Majesty The Queen, as represented by the Department of Agriculture, and the Deputy Minister of Agriculture *Appellant*

v.

Robert Thomson *Respondent*

and

Security Intelligence Review Committee *Intervener*

INDEXED AS: THOMSON v. CANADA (DEPUTY MINISTER OF AGRICULTURE)

File No.: 22020.

1991: October 28; 1992: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Public Service — Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recommending security clearance — Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Whether Deputy Minister required to follow Committee's recommendation — Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 42, 52(1), (2).

Statutes — Interpretation — Public Service — Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recommending security clearance — Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Meaning of word "recommendations" in Canadian Security Intelligence Service Act.

Administrative law — Natural justice — Right to be heard — Public Service — Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recommending security clearance — Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Candidate not given hearing by Deputy Minister — Whether denial of natural justice.

Sa Majesté la Reine, représentée par le ministère de l'Agriculture, et le sous-ministre de l'Agriculture *Appelante*

^a c.

Robert Thomson *Intimé*

^b et

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité *Intervenant*

^c RÉPERTORIÉ: THOMSON c. CANADA (SOUS-MINISTRE DE L'AGRICULTURE)

N° du greffe: 22020.

^d 1991: 28 octobre; 1992: 13 février.

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

^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Fonction publique — Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recommandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Le sous-ministre est-il tenu de suivre la recommandation du comité? — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21, art. 42, 52(1), (2).

^g *Législation — Interprétation — Fonction publique — Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recommandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Sens du mot «recommandations» dans la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité.*

Droit administratif — Justice naturelle — Droit d'être entendu — Fonction publique — Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recommandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Le sous-ministre n'a pas entendu le candidat — Y a-t-il eu déni de justice naturelle?

Respondent was offered a public service position in 1984, subject to his obtaining security clearance. The Canadian Security Intelligence Service conducted an investigation and advised the department against granting the requisite security clearance. The department's Deputy Minister considered the CSIS report, and after consulting with the Privy Counsel Office, denied the security clearance and rescinded the job offer. The respondent then filed a complaint with the Security Intelligence Review Committee pursuant to s. 42 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*. The Committee conducted an investigation, held two meetings where the parties were present and/or represented by counsel, and issued a report pursuant to s. 52 which recommended that respondent be granted the security clearance. The Deputy Minister nevertheless decided to maintain his denial of the security clearance.

The respondent first commenced an action in the Federal Court of Appeal, pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, to have the Deputy Minister's decision to deny the security clearance set aside. The court held that, while the Deputy Minister was bound by the Review Committee's recommendation, the court did not have jurisdiction under s. 28 to review and set aside his decision. The respondent then sought *certiorari* to set aside the Deputy Minister's decision and mandamus to require the Deputy Minister to grant him security clearance. The judge denied the application. He concluded that "recommendations", according to the ordinary meaning of the word, was not binding. The Federal Court of Appeal reversed that decision, set aside the Deputy Minister's decision to deny security clearance and ordered him to grant it.

At issue here is whether a Deputy Minister is bound to follow the "recommendations" of the Security Intelligence Review Committee, and more particularly, the meaning to be given the word "recommendations" in s. 52(2) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*.

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

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ.: In order to interpret "recommendations" in s. 52(2), the *Canadian Security and Intelligence Service Act* must be read as a whole in order to ascertain its aim and object. When the words used in the

En 1984, l'intimé s'est vu offrir un poste dans la fonction publique à la condition qu'il obtienne une habilitation de sécurité. Après avoir mené une enquête, le Service canadien du renseignement de sécurité a conseillé au ministère de ne pas accorder l'habilitation de sécurité. Après avoir pris connaissance du rapport du SCRS et après avoir consulté le Bureau du Conseil privé, le sous-ministre a refusé d'accorder à l'intimé l'habilitation de sécurité et il a révoqué l'offre d'emploi. L'intimé a alors déposé une plainte auprès du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité en application de l'art. 42 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Le comité a fait enquête, a tenu deux réunions au cours desquelles les parties étaient présentes ou représentées par un avocat et, conformément à l'art. 52, a rédigé un rapport qui recommandait l'octroi de l'habilitation de sécurité à l'intimé. Le sous-ministre a néanmoins maintenu sa décision de refuser l'habilitation de sécurité.

L'intimé a d'abord intenté une action devant la Cour d'appel fédérale en application de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour demander l'annulation de la décision du sous-ministre de refuser l'habilitation de sécurité. La cour a conclu que, bien que le sous-ministre ait été tenu de donner suite à la recommandation, elle n'avait pas compétence, suivant l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour annuler sa décision. L'intimé a ensuite demandé la délivrance d'un bref de *certiorari* ayant pour effet d'annuler la décision du sous-ministre ainsi que celle d'un bref de *mandamus* enjoignant au sous-ministre de lui accorder l'habilitation. Le juge a rejeté la demande. Il a conclu que le mot «recommandations» conservait son sens ordinaire et n'imposait pas d'obligation. La Cour d'appel fédérale a infirmé ce jugement, annulé la décision du sous-ministre de refuser l'habilitation de sécurité et enjoint au sous-ministre de l'accorder.

Il s'agit ici de savoir si un sous-ministre est tenu de suivre les «recommandations» du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité et, plus particulièrement, quel sens il faut donner au mot «recommandations» qui figure à l'art. 52(2) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson: Aux fins de l'interprétation du mot «recommandations» qui figure au par. 52(2), la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* doit être considérée dans son ensemble afin d'en déga-

statute are clear and unambiguous, no other step is needed to identify the Parliament's intention.

The simple term "recommendations" should be given its ordinary meaning. "Recommendations" ordinarily means the offering of advice and should not be taken to mean a binding decision. There is nothing in either the section or the Act as a whole which indicates that the word "recommendations" should have anything other than its usual meaning.

The Committee's recommendation constitutes a report put forward as something worthy of acceptance. It serves to ensure the accuracy of the information on which the Deputy Minister makes the decision, and it gives the Deputy Minister a second opinion to consider. It is no more than that. The wording of this section would be strained by giving the statute any wider scope. The Deputy Minister bears the onerous responsibility not only for the granting of security clearance but also for the ongoing security in his or her department. Accordingly, the final decision as to security clearance should be left to the Deputy Minister, notwithstanding the recommendations of the Committee.

The word "recommendations" is used in other provisions of the Act. Unless the contrary is clearly indicated by the context, a word should be given the same interpretation or meaning whenever it appears in an Act. In s. 52(1) "recommendations" has its ordinary and plain meaning of advising or counselling. Parliament could not have intended the word "recommendations" in s. 52(2) to receive a different interpretation.

Finally, the Deputy Minister had evidence upon which he could reasonably have concluded that the respondent's security clearance should have been denied.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The Deputy Minister was bound to follow the "recommendations" of the Security Intelligence Review Committee.

To determine the meaning of any particular statutory provision, the act must be read as a whole in order to ascertain its aim and object. Heed must be paid to the language used, the context of both the specific provision and the law itself, and the purpose or intent of the legislation. Although Parliament's intent can sometimes be discerned by the "plain meaning" of a statutory provision, "plain meaning" itself depends on the context of the provision and the overall scheme of the act. The

ger l'objet. Aucune autre démarche n'est nécessaire pour établir l'intention du législateur lorsque le texte de la loi est clair et sans ambiguïté.

Le terme «recommandations» doit être interprété suivant son sens ordinaire. «Recommandations» renvoie ordinairement au fait de conseiller et ne saurait équivaloir à une décision obligatoire. Ni la disposition en cause ni la Loi dans son ensemble ne permettent de conclure que le mot «recommandations» a un autre sens que son sens usuel.

La recommandation du comité est un rapport présenté comme étant digne d'acceptation. Elle sert à garantir l'authenticité des renseignements sur lesquels le sous-ministre fonde sa décision et lui donne l'avantage d'une seconde opinion, rien de plus. Ce serait forcer le sens de la disposition en cause de conférer à la Loi une portée plus grande. Le sous-ministre a la lourde responsabilité non seulement d'accorder les habilitations de sécurité, mais également d'assurer la sécurité de son ministère en général. Par conséquent, la décision finale concernant l'habilitation de sécurité devrait appartenir au sous-ministre quelles que soient les recommandations du comité.

Le mot «recommandations» est employé dans d'autres dispositions de la Loi et, à moins que le contexte ne s'y oppose clairement, un mot doit recevoir la même interprétation et avoir le même sens tout au long d'un texte législatif. Le mot «recommandations», au par. 52(1), a le sens ordinaire de conseils. Le législateur n'a certainement pas eu l'intention de donner un sens différent au mot «recommandations» au par. 52(2).

Enfin, le sous-ministre avait des éléments de preuve sur lesquels il pouvait raisonnablement s'appuyer pour refuser d'accorder à l'intimé l'habilitation de sécurité.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le sous-ministre était tenu de suivre les «recommandations» du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité.

Pour déterminer la portée d'une disposition législative donnée, une loi doit être considérée dans son ensemble afin d'en dégager l'objet. Il faut tenir compte des mots employés, du contexte dans lequel s'inscrivent tant la disposition en cause que la loi dans son ensemble ainsi que de l'objet de la loi ou de l'intention du législateur. Même si l'on peut parfois déceler l'intention du législateur en faisant appel au «sens littéral» d'une disposition législative, ce «sens littéral» dépend du con-

meaning of specific terms must also be reconciled with the intent of Parliament.

Reference to context and intent is important since the word "recommendations" does not lend itself automatically to a single, rigid definition. Dictionary definitions are all merely suggested meanings; the true meaning of the word must necessarily flow from its context within the entire statute. Thus, while "recommendations" often connotes advice or information which the recipient may disregard, the term might also refer to directions or orders which are binding.

The words in the Act must also be given a meaning consistent with both its French and English texts. Section 52(2) of the French text of the *Canadian Security and Intelligence Service Act* refers to "recommandations". The words "commandement" and "ordre" are dictionary synonyms for "recommandation".

Context refers both to the provisions immediately surrounding the provision under examination and to the overall scheme of the statute. Nothing necessarily compels that a permissive meaning be attributed to the term "recommendations". Other provisions in the Act, moreover, are consistent with the less restrictive interpretation.

The section 42 mechanism for review of denials of security clearance suggests something more than an advisory role for the Committee. The Deputy Minister's adversarial role in the Committee's hearing also indicates that the Committee's recommendations are more than suggestive. A fundamental tenet of natural justice is contradicted if the deputy minister can, following a hearing to which he or she has been a party and without any other reasons than those he or she expressed at the hearings, reverse the decision that resulted from the hearing.

Finally, a judge's fundamental consideration in statutory interpretation is the purpose of legislation. In setting up the review mechanism under s. 42, Parliament must have intended to provide a system of redress for parties who were unjustly deprived of employment due to erroneous or flawed CSIS reports. Parliament could not have intended to create a situation where a civil servant could be denied employment or promotion with-

texte de celle-ci et de l'économie générale de la loi. Le sens de termes particuliers doit également tenir compte de l'intention du législateur.

^a Il importe de tenir compte du contexte et de l'intention du législateur étant donné que le mot «recommandations» ne se prête pas automatiquement à une seule et rigide définition. Les dictionnaires ne font que suggérer des définitions, car le sens véritable d'un mot dépend nécessairement du contexte dans lequel il s'insère dans une loi considérée dans son entier. Par conséquent, bien que le mot «recommandations» renvoie souvent au fait de donner un conseil ou une information dont le destinataire peut ne pas tenir compte, il peut également signifier des directives ou des ordres obligatoires.

^b Les mots que la Loi emploie doivent également recevoir une interprétation que supportent les textes tant français qu'anglais. La version française du par. 52(2) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* emploie le mot «recommandations». Les mots «commandement» et «ordre» figurent dans les dictionnaires parmi les synonymes du vocable «recommandation».

^c Le contexte s'entend des dispositions qui voisinent immédiatement la disposition en cause ainsi que de l'économie générale de la loi. Rien n'oblige nécessairement à donner au mot «recommandations» un sens facultatif. En outre, d'autres dispositions de la Loi vont dans le sens d'une interprétation moins restrictive.

^d La procédure d'examen du refus de l'habilitation de sécurité que prévoit l'art. 42 de la Loi incite à conclure que le comité a plus qu'un simple rôle consultatif. Le rôle que joue le sous-ministre dans la procédure contradictoire qui se déroule devant le comité indique également que les recommandations du comité ne sont pas que des suggestions. Un principe fondamental de justice naturelle est écarté si le sous-ministre peut à la suite de l'audience du comité à laquelle il a participé à titre de partie, sans autres motifs que ceux invoqués à l'audience, renverser la décision qui est ressortie de l'audience.

^e Enfin, il incombe fondamentalement au juge qui est appelé à interpréter un texte législatif de déterminer quel est l'objet de la loi en cause. En établissant la procédure d'examen prévue à l'art. 42, le législateur doit avoir voulu mettre sur pied un mécanisme de redressement à l'intention des personnes qui se voient injustement refuser un emploi en raison d'un rapport inexact du SCRS. Le législateur n'a pas pu vouloir créer une situation où

out any chance of righting a wrong done to him or her, especially given the context of today's labour relations.

Only where a candidate has proved to the Committee that the CSIS report contains spurious or unfounded allegations and the Committee recommends that the clearance be granted must the Deputy Minister accept the candidate. Although the Deputy Minister must bear ultimate responsibility for security even if acting on another body's directives, this situation is not unique.

Even if the Deputy Minister had the discretion to deny a security clearance notwithstanding the Committee's report, the appeal should be dismissed on the grounds that he did not exercise that discretion properly. The Deputy Minister's decision disregarded the Review Committee's recommendations on the strength of the original CSIS report. Since the Review Committee's findings served to correct and revise the CSIS report, the Deputy Minister should have relied almost exclusively on them rather than on the erroneous CSIS allegations.

The Deputy Minister also failed to respect the requirements of natural justice, since he neither gave the respondent reasons for his decision nor a chance to be heard.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. v. City of Port Adelaide* (1975), 11 S.A.S.R. 504; **referred to:** *Lee v. Attorney General of Canada*, [1981] 2 S.C.R. 90; *Attorney General of Canada v. Murby*, [1981] 1 F.C. 713; *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission), [1987] 1 S.C.R. 1114; *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709; *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. v. Vandry*, [1920] A.C. 662; *City of Victoria v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384; *Attorney-General v. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436; *R. v.*

un fonctionnaire pourrait se voir refuser un emploi ou une promotion sans que ne lui soit accordée quelque possibilité d'obtenir un redressement quant au préjudice subi, particulièrement dans le contexte actuel des relations de travail.

C'est uniquement lorsqu'un candidat convainc le comité que le rapport du SCRS renferme des données inexactes et sans fondement et que le comité recommande d'accorder l'habilitation de sécurité, que le sous-ministre doit retenir la candidature en cause. Bien que le sous-ministre doive supporter la responsabilité ultime quant à la sécurité même lorsqu'il agit suivant les directives d'un autre organisme, cette situation n'est pas unique.

Même si le sous-ministre avait le pouvoir de refuser l'habilitation de sécurité malgré le rapport du comité, le pourvoi serait rejeté pour le motif que ce pouvoir n'a pas été exercé adéquatement. Le sous-ministre n'a pas tenu compte des recommandations du comité et s'est fondé essentiellement sur le rapport initial du SCRS. Comme les conclusions du comité ont apporté des corrections et des modifications à ce rapport, le sous-ministre aurait dû s'appuyer presque exclusivement sur ces conclusions plutôt que sur les allégations erronées du SCRS.

Le sous-ministre n'a pas respecté les exigences de la justice naturelle puisqu'il n'a pas fourni à l'intimé les motifs de sa décision et ne lui a pas permis de se faire entendre.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. c. City of Port Adelaide* (1975), 11 S.A.S.R. 504; **arrêts mentionnés:** *Lee c. Procureur général du Canada*, [1981] 2 R.C.S. 90; *Procureur général du Canada c. Murby*, [1981] 1 C.F. 713; *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114; *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *Quebec Railway, Light and Power Co. c. Vandry*, [1920] A.C. 662; *City of Victoria c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384; *Attorney-General c. Prince Ernest Augustus of Hanover*,

Sommerville, [1974] S.C.R. 387; *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214; *Hands v. Law Society of Upper Canada* (1890), 17 O.A.R. 41; *Bridge v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 8; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen*, [1956] S.C.R. 82; *Cité de Côte St-Luc v. Canada Iron Foundries Ltd.*, [1970] C.A. 62; *Reference as to the constitutional validity of certain sections of The Fisheries Act, 1914*, [1928] S.C.R. 457; *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. v. City of Port Adelaide* (1975), 11 S.A.S.R. 504; *The King v. Christ's Hospital Governors*, [1917] 1 K.B. 19; *The Queen v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653.

Statutes and Regulations Cited

Cabinet Directive No. 35, August 9, 1978.
Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21 (now R.S.C., 1985, c. C-23), ss. 5(i), 41, 42, 52(1), (2).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10.
Official Languages Act, R.S.C. 1970, c. O-2, ss. 8(1), (2)(d).
Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32.

Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1984, "recommandation".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 820, setting aside a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1989] 1 F.C. 86, dismissing an application for writs of *certiorari* and *mandamus* after the dismissal, for want of jurisdiction, of an application to the Fed-

[1957] A.C. 436; *R. c. Sommerville*, [1974] R.C.S. 387; *Julius c. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214; *Hands c. Law Society of Upper Canada* (1890), 17 O.A.R. 41; *Bridge c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 8; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen*, [1956] R.C.S. 82; *Cité de Côte St-Luc c. Canada Iron Foundries Ltd.*, [1970] C.A. 62; *Reference as to the constitutional validity of certain sections of The Fisheries Act, 1914*, [1928] R.C.S. 457; *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. c. City of Port Adelaide* (1975), 11 S.A.S.R. 504; *The King c. Christ's Hospital Governors*, [1917] 1 K.B. 19; *La Reine c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653.

^d Lois et règlements cités

Directive du Cabinet n° 35, 9 août 1978.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 28.
^e *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10.
Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, ch. P-32.
^f *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-23), art. 5(i), 41, 42, 52(1), (2).
Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, ch. O-2, art. 8(1), (2)d).

^g Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1990.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
^h Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985.
Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1984, «recommandation».

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 820, qui a infirmé un jugement de la Cour fédérale, Section de première instance, [1989] 1 C.F. 86, qui rejetait une demande de brefs de *certiorari* et de *mandamus* après le rejet, pour défaut de compétence, d'une demande à

eral Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act*, [1988] 3 F.C. 108, 31 Admin. L.R. 14. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

I. G. Whitehall, Q.C., and *B. S. Russell*, for the appellant.

Sean T. McGee and *Steven J. Welchner*, for the respondent.

Simon Noël and *Sylvie Roussel*, for the intervenor Security Intelligence Review Committee.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Stevenson JJ. was delivered by

CORY J.—The prime issue on this appeal is whether a deputy minister is bound to follow the “recommendations” of the Security Intelligence Review Committee.

Factual Background

In 1984, Robert Thomson, the respondent, was offered a position with the International Affairs Directorate of Agriculture Canada. The offer was subject to the granting of security clearance to the respondent. The Canadian Security Intelligence Service (“CSIS”) conducted an investigation. CSIS then reported to the Department of Agriculture. It advised that the respondent was not an individual in whom the Canadian government could repose full confidence or who should be in a position where he would have access to documents and matters that were classified for reasons of national interest. The conclusion was based upon the following findings by CSIS:

— that you may have revealed the classified contents of a message from the Canadian Ambassador in Santiago to the Department of External Affairs in Ottawa in 1973;

la Cour d'appel fédérale fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, [1988] 3 C.F. 108, 31 Admin. L.R. 14. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

I. G. Whitehall, c.r., et *B. S. Russell*, pour l'appelante.

Sean T. McGee et *Steven J. Welchner*, pour l'intimé.

Simon Noël et *Sylvie Roussel*, pour l'intervenant le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Stevenson rendu par

LE JUGE CORY—La principale question dans le présent pourvoi est de savoir si un sous-ministre est tenu de suivre les «recommandations» du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité.

Les faits

En 1984, l'intimé, Robert Thomson, s'est vu offrir un poste à la Direction des affaires internationales d'Agriculture Canada à la condition qu'il obtienne une habilitation de sécurité. Après avoir mené une enquête, le Service canadien du renseignement de sécurité (le «SCRS») a remis au ministre de l'Agriculture un rapport selon lequel l'intimé n'était pas une personne en qui le gouvernement canadien pouvait avoir pleinement confiance ou qui devrait occuper un poste donnant accès à des affaires ou à des documents classifiés dans l'intérêt national. Cette conclusion s'appuyait sur les éléments suivants relevés par le SCRS:

[TRADUCTION]

— il est possible que vous ayez dévoilé le contenu classifié d'un message de l'ambassadeur du Canada à Santiago au ministère des Affaires extérieures à Ottawa, en 1973;

- that you revealed the contents of a classified telex to a Member of Parliament in 1973 and that you at first denied knowing the Member of Parliament;
 - that you refused to name the person with whom you said you had discussed the contents of the classified telex . . . ;
 - that by your own admission you transmitted letters in a clandestine fashion to a recipient in Guyana;
 - that you have maintained contact, in a clandestine manner, with officials and/or agents of foreign governments and offered to provide classified information on at least one known occasion to them.
- vous avez dévoilé le contenu d'un télex classifié à un député du Parlement, en 1973, en niant d'abord connaître ledit député;
 - vous avez refusé de nommer la personne avec laquelle vous avez déclaré avoir discuté du contenu du télex classifié. . . ;
 - de votre propre aveu, vous avez transmis clandestinement des lettres à un destinataire en Guyane;
 - vous avez, clandestinement, maintenu des contacts avec des fonctionnaires et agents de gouvernements étrangers à qui vous avez proposé, au moins à une occasion, de fournir des renseignements classifiés.

The Deputy Minister considered the CSIS report. After consulting with the Privy Counsel Office, he denied security clearance to the respondent and rescinded the job offer. The respondent then filed a complaint with the Security Intelligence Review Committee (the "Committee"). This was done pursuant to s. 42 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (the "Act"). The Committee conducted an investigation. The Committee then held hearings on August 13, October 9 and November 7, 1985. Throughout the hearings the respondent was present with counsel. The Deputy Minister and the Committee were each represented by separate counsel. Pursuant to s. 52 of the Act, the Committee then issued a report which recommended the granting of security clearance to the respondent. The essential aspects of the report were as follows:

We find that, with one exception, the allegations concerning Mr. Thomson's activities since 1973 are not supported by the evidence. The exception is that Mr. Thomson was not forthright in his interview with the CSIS investigator when he was questioned in 1985 about the unauthorized release of telexes in 1973.

It remains that Mr. Thomson admitted to the unauthorized release of classified information . . . This release was not, it should be noted, to a foreign power, but to a Canadian M.P. It was, nevertheless, a serious breach of trust, and the question which must be answered is: would Mr. Thomson do such a thing in the future if circumstances led to his becoming, once again, emotionally engaged?

Après avoir pris connaissance du rapport du SCRS et après avoir consulté le Bureau du Conseil privé, le sous-ministre a refusé d'accorder à l'intimé l'habilitation de sécurité et il a révoqué l'offre d'emploi. L'intimé a alors déposé une plainte auprès du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (le «comité») en application de l'art. 42 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (la «Loi»). Le comité a fait enquête puis, les 13 août, 9 octobre et 7 novembre 1985, a tenu des audiences au cours desquelles l'intimé était assisté d'un avocat. Le sous-ministre et le comité étaient chacun représentés par avocat. Conformément à l'art. 52 de la Loi, le comité a rédigé un rapport dans lequel il recommande l'octroi de l'habilitation de sécurité à l'intimé. Voici les points essentiels de ce rapport:

[TRADUCTION] A l'exception d'une seule, les allégations relatives aux activités de M. Thomson depuis 1973 ne sont pas, à notre avis, appuyées par la preuve. L'exception relevée concerne le fait que M. Thomson a manqué de franchise lorsqu'il a été interrogé par l'enquêteur du SCRS en 1985 au sujet de la divulgation de télex sans autorisation en 1973.

Il reste que M. Thomson a admis avoir dévoilé sans autorisation [. . .] des renseignements classifiés [. . .] On notera cependant que le destinataire n'était pas une puissance étrangère, mais un député canadien. Il s'agissait malgré tout d'un grave abus de confiance et la question qui se pose est la suivante: M. Thomson agirait-il de la même façon à l'avenir si les circonstances l'amenaient encore une fois à s'engager émotionnellement?

The answer to that question must be entirely subjective. We believe that since the incidents took place some twelve years ago when Mr. Thomson was both less experienced and less mature, his actions then cannot, in the absence of other evidence, lead to the conclusion that, in similar circumstances, he would act in the same way now or in the future. There was no other evidence which would have led us to that conclusion.

We find, therefore, that Mr. Thomson would be unlikely to release classified information if he were once again employed in a position with access to such material.

Recommendation

We recommend that the Deputy Minister of Agriculture Canada grant Mr. Thomson a Secret security clearance so that he may continue his career in the position offered to him in 1984.

Despite the recommendation, the Deputy Minister decided to maintain his decision to deny security clearance. It was his opinion that he should not grant security clearance until his doubts as to the reliability of the respondent had been resolved. Neither the report of CSIS nor that of the Committee had resolved these doubts.

Decisions in the Courts Below

Federal Court of Appeal, [1988] 3 F.C. 108

The respondent first commenced an action in the Federal Court of Appeal, pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, to have the Deputy Minister's decision set aside. Stone J.A. writing for the court recognized that the interpretation of the word "recommendations" as it appears in s. 52(2) of the Act was crucial. He concluded that the word was not used in its literal sense. It was his opinion that the Deputy Minister was not entitled to "re-make" a decision he had already rendered after the matter had become the subject of a "complaint" and of a "recommendation". Stone J.A. concluded that the Deputy Minister was bound by the recommendation. However, it was his view that the court did not have jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside the decision of the Deputy Minister denying security clearance.

La réponse à cette question est nécessairement tout à fait subjective. Pour notre part, nous croyons que ces incidents survenus il y a environ 12 ans, à une époque où M. Thomson avait moins d'expérience et de maturité, ne peuvent à eux seuls justifier la conclusion qu'en pareilles circonstances il agirait, aujourd'hui ou demain, de la même façon. Il n'y avait pas d'autre preuve nous permettant de tirer cette conclusion.

Nous concluons, par conséquent, qu'il serait improbable que M. Thomson dévoile des renseignements classifiés s'il obtenait une fois de plus un poste lui donnant accès à des renseignements de cette nature.

Recommandation

Nous recommandons que le sous-ministre d'Agriculture Canada accorde à M. Thomson l'habilitation de sécurité au niveau 'Secret' de façon à ce qu'il puisse poursuivre sa carrière dans le poste qui lui a été offert en 1984.

Malgré la recommandation, le sous-ministre a maintenu sa décision de refuser l'habilitation de sécurité. Selon lui, le refus s'imposait tant que persistaient ses doutes concernant la fiabilité de l'intimé. Or, ni le rapport du SCRS ni celui du comité n'avaient dissipé ces doutes.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour d'appel fédérale, [1988] 3 C.F. 108

L'intimé a d'abord intenté une action devant la Cour d'appel fédérale en application de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, pour demander l'annulation de la décision du sous-ministre. S'exprimant au nom de la cour, le juge Stone a reconnu que l'interprétation donnée au mot «recommandations» utilisé au par. 52(2) de la Loi était cruciale. Il a conclu que le mot n'était pas employé au sens littéral. Selon lui, le sous-ministre ne pouvait pas «re-prendre» une décision qu'il avait déjà prise une fois que l'affaire avait fait l'objet d'une «plainte» puis d'une «recommandation». Il a par conséquent statué que le sous-ministre était tenu de donner suite à la recommandation, mais que la cour n'avait pas compétence, suivant l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour annuler sa décision de refuser l'habilitation de sécurité.

Federal Court, Trial Division, [1989] 1 F.C. 86

The respondent next applied for relief by way of *certiorari* to set aside the Deputy Minister's decision to deny the security clearance and by way of mandamus to require the Deputy Minister to grant security clearance to him. Dubé J. concluded that the word "recommendations" in the Act retained its ordinary meaning. That is to say that it was not a binding decision or conclusion but simply a recommendation to the Deputy Minister. He found that there was no obligation cast upon the Deputy Minister to follow the Committee's recommendation. Accordingly, Dubé J. denied the application. In his opinion, the Deputy Minister had acted fairly and, therefore, the Court would not interfere with the Deputy Minister's discretionary decision.

Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 820

The Federal Court of Appeal reversed the decision of the trial judge, set aside the Deputy Minister's decision to deny security clearance and ordered him to grant the required security clearance to Mr. Thomson.

The Key Statutory Provisions

The *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21, s. 52 (now R.S.C., 1985, c. C-23) provides:

52. . . .

(2) On completion of an investigation in relation to a complaint under section 42, the Review Committee shall provide the Minister, the Director, the deputy head concerned and the complainant with a report containing any recommendations that the Committee considers appropriate, and those findings of the investigation that the Committee considers it fit to report to the complainant.

A reading of the section makes it clear that this case will turn upon the meaning given to the word "recommendations".

La Cour fédérale, Section de première instance, [1989] 1 C.F. 86

L'intimé a ensuite demandé la délivrance d'un bref de *certiorari* ayant pour effet d'annuler la décision du sous-ministre de refuser l'habilitation de sécurité ainsi que celle d'un bref de *mandamus* enjoignant au sous-ministre de la lui accorder. Le juge Dubé a conclu que le mot «recommandations» dans la Loi conservait son sens ordinaire. Par conséquent, il ne s'agissait pas d'une décision ou d'une conclusion obligatoire, mais simplement d'une recommandation au sous-ministre. Il a jugé que le sous-ministre n'était pas tenu de donner suite à la recommandation du comité. Le juge Dubé a donc rejeté la demande. Selon lui, le sous-ministre avait agi de manière équitable, de sorte que la cour ne devait pas modifier la décision que ce dernier avait prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

La Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 820

La Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de première instance, annulé la décision du sous-ministre de refuser l'habilitation de sécurité et enjoint au sous-ministre d'accorder l'habilitation à M. Thomson.

Les dispositions législatives

L'art. 52 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-23) prévoit, entre autres, ce qui suit:

52. . . .

(2) À l'issue d'une enquête sur une plainte présentée en vertu de l'article 42, le comité de surveillance envoie au ministre, au directeur, à l'administrateur général concerné et au plaignant un rapport des recommandations qu'il juge indiquées et des conclusions qu'il juge à propos de communiquer au plaignant.

Il ressort de la lecture de cette disposition que l'issue de la présente affaire dépend de l'interprétation donnée au mot «recommandations».

BackgroundA. *The Prerogative Power and Cabinet Directive No. 35*

So long as forms of government have existed they have engendered confidential conversations, confidential documents and confidential materials. All forms of government must have trust in their employees and officers to preserve that degree of security which a government requires to operate effectively. Democracies tend to be more open than other forms of governments. Although some governments are more open than others, it nonetheless remains true that all governments must maintain some degree of security and confidentiality in order to function. The most open democracy still requires a high degree of security and confidentiality with regard to many matters including, for example, the defence of the realm or trade negotiations. The degree of security required will vary with the position and role of the government employee. The higher the position, the greater will be the access to sensitive information, and the greater the need for security.

Originally, it was the monarch that appointed and managed the public service. The power of appointment was historically a royal prerogative. The ever expanding role of public service led to the passage of legislation in the 1960s establishing the Treasury Board, the Public Service Commission and the Public Service Staff Relation Board. The role of these bodies was to manage and control the federal public service. Nonetheless, the power to grant or deny security clearances as a condition of appointment remained part of the royal prerogative or more appropriately, in our times, a function of management controlled by the Crown.

This principle was recognized in *Lee v. Attorney General of Canada*, [1981] 2 S.C.R. 90. That case specifically approved the reasons of Le Dain J.A. (as he then was) in the Federal Court of Appeal

L'HistoriqueA. *La prérogative et la directive du Cabinet n° 35*

Depuis qu'ils existent, sous différentes formes, les gouvernements produisent des conversations et des documents confidentiels. Tous les gouvernements doivent avoir confiance en leurs fonctionnaires afin d'assurer la sécurité nécessaire pour fonctionner de manière efficace. Parmi les différentes formes de gouvernement, la démocratie tend à être la plus ouverte. Or, même si certains gouvernements sont plus ouverts que d'autres, il reste qu'ils doivent tous, pour bien fonctionner, maintenir, jusqu'à un certain point, la sécurité et la confidentialité de diverses informations. Même le régime démocratique le plus ouvert doit assurer un niveau élevé de sécurité et de confidentialité en ce qui concerne bon nombre de questions, notamment la défense du territoire et les négociations commerciales. Le niveau de sécurité requis varie en fonction du poste qu'occupe un fonctionnaire donné et du rôle qui lui est confié. Plus le poste est important, plus son titulaire a accès à des renseignements de nature délicate et plus le niveau de sécurité requis est élevé.

À l'origine, c'est au souverain qu'il incombait de gérer la fonction publique et d'en nommer les membres. Historiquement, ce pouvoir de nomination découlait de la prérogative royale. Le rôle sans cesse croissant de la fonction publique a entraîné, au cours des années 1960, l'adoption de lois constituant le Conseil du Trésor, la Commission de la fonction publique et la Commission des relations de travail dans la fonction publique. Ces organismes ont reçu pour mission de gérer et de surveiller la fonction publique fédérale. Cependant, le pouvoir d'accorder ou de refuser une habilitation de sécurité à titre de condition de nomination est demeuré du ressort de la prérogative royale ou, plus pertinemment de nos jours, une fonction de gestion contrôlée par l'État.

Ce principe a été confirmé dans *Lee c. Procureur général du Canada*, [1981] 2 R.C.S. 90. Cet arrêt a expressément approuvé les motifs que le juge Le Dain (alors juge à la Cour d'appel) a

decision of *Attorney General of Canada v. Murby*, [1981] 1 F.C. 713. There it was found that the authority to require security clearance as a condition of appointment and the authority to determine whether such clearance should be granted were part of the management authority. It was held that these functions had not been excluded or re-assigned by the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.

Furthermore, the Federal Court of Appeal noted that Cabinet Directive No. 35 ("C.D. 35") was a directive from the government concerning the exercise of this component of the management authority. It was confirmed that the deputy head or Deputy Minister bore the responsibility for making the decision as to security clearance in any particular case. Le Dain J. concluded that the prerogative power to grant security clearance was delegated to the Deputy Minister in accordance with the requirements of C.D. 35. That directive was superseded in 1987 by a similar one entitled "Security Policy of the Government of Canada" issued by the Treasury Board of Canada, under the authority of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10.

Cabinet Directive No. 35 is not, of course, legislative in nature. Rather, it is an internal directive which instructs civil servants as to the manner in which the royal prerogative is to be exercised. Specifically, the directive requires that a security clearance is mandatory for anyone who will have access to classified material. It outlines the procedures for obtaining information about individuals from appropriate sources. Two paragraphs in C.D. 35 are of particular significance:

13. ... If ... there is in the judgement of the deputy minister ... a reasonable doubt as to the degree of confidence which can be reposed in the subject, the granting of a security clearance will be delayed until the doubt has been resolved to the satisfaction of the deputy minister. ...

25. ... The deputy head of department or agency will be responsible for granting or withholding a security clearance and will assume a continuing responsibility

rédigés dans la décision de la Cour d'appel fédérale *Procureur général du Canada c. Murby*, [1981] 1 C.F. 713. La cour a statué que le pouvoir d'exiger une habilitation de sécurité à titre de condition de nomination et le pouvoir de déterminer s'il y avait lieu de l'accorder relevaient du pouvoir de gestion. Elle a en outre conclu que la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, ch. P-32, n'avait ni supprimé ni confié à d'autres ces pouvoirs.

Par ailleurs, la Cour d'appel fédérale a fait remarquer que la directive du Cabinet n° 35 (la «directive n° 35») était une directive du gouvernement sur l'exercice de cette composante du pouvoir de gestion. Elle a confirmé qu'il incombait à l'administrateur général ou au sous-ministre de prendre la décision relative à l'habilitation de sécurité dans un cas donné. Selon le juge Le Dain, la prérogative permettant d'accorder l'habilitation de sécurité a été déléguée au sous-ministre conformément aux exigences de la directive n° 35. Celle-ci a d'ailleurs été remplacée, en 1987, par une autre semblable intitulée «Politique du gouvernement du Canada sur la sécurité» et établie par le Conseil du Trésor du Canada en vertu de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, ch. F-10.

Il va sans dire que la directive n° 35 n'est pas de nature législative. Il s'agit plutôt d'une directive interne renseignant les fonctionnaires sur la manière d'exercer la prérogative. Elle prévoit, plus précisément, que l'habilitation de sécurité est obligatoire pour quiconque aura accès à des documents classifiés. Elle fait état de la procédure à suivre pour obtenir des renseignements personnels auprès de sources appropriées. Voici le libellé de deux paragraphes de la directive n° 35 qui revêtent une importance particulière:

13. ... Si [...] il existe, de l'avis du sous-ministre [...] un doute raisonnable quant à l'ampleur de la confiance pouvant être accordée au candidat, l'octroi de l'habilitation sera différé jusqu'à ce que le doute soit dissipé à la satisfaction du sous-ministre ...

25. ... Il incombera au sous-chef de tout ministère ou organisme d'accorder ou de refuser une habilitation au secret, et c'est de lui que relèvera en tout temps la

ity for a person's access to Top Secret, Secret and Confidential information.

It can thus be seen that before the Act came into existence, there was a system in place which ensured the security of the government.

B. *The Canadian Security Intelligence Service Act*

In 1984, the *Canadian Security Intelligence Service Act* was passed. It provided a statutory means for dealing with security matters in the public service. Part I of the Act established the Canadian Security Intelligence Service (CSIS). Part II provided for the judicial control of its operation. Part III applied to the control and review of CSIS through the Security Intelligence Review Committee. The Committee was given broad powers to investigate complaints by those individuals who were refused employment based on a denial of a security clearance.

The investigation pertaining to the denial of a security clearance may include a full hearing. At such a hearing, all parties are entitled to be represented by counsel, to call and examine witnesses and to make representations. Upon completion of the investigation, the Committee must provide the CSIS Director, the deputy head concerned, the Solicitor General of Canada and the complainant with a report "containing any recommendations that the Committee considers appropriate, and those findings of the investigation that the Committee considers it fit to report to the complainant".

This then is the background against which s. 52(2) of the Act should be considered. Consideration must now be given to the fundamental question of whether the "recommendations" of the Committee are binding upon the Deputy Minister.

Statutory Limitations on the Prerogative Power

It is beyond doubt that the prerogative power of the Crown can be abolished or limited by statute. Once a statute occupies the ground formerly occu-

responsabilité inhérente à l'accès qu'une personne pourra avoir à des informations classifiées Très secret, Secret et Confidentiel.

On peut donc constater que, avant l'entrée en vigueur de la Loi, il existait un système permettant d'assurer la sécurité de l'État.

B. *La Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*

Adoptée en 1984, la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* permet de résoudre les questions liées à la sécurité au sein de la fonction publique. La partie I de la Loi porte sur la constitution du Service canadien du renseignement de sécurité (le «SCRS»), la partie II, sur le contrôle judiciaire des activités du SCRC et, la Partie III, sur la surveillance de celui-ci par l'intermédiaire du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. Le comité est investi de larges pouvoirs d'enquête quant aux plaintes de personnes s'étant vu refuser un emploi parce qu'elles n'ont pas obtenu l'habilitation de sécurité requise.

L'enquête sur le refus d'accorder l'habilitation de sécurité peut donner lieu à la tenue d'une audience en bonne et due forme pendant laquelle les parties ont le droit d'être représentées par avocat, d'assigner et d'interroger des témoins et de formuler des observations. À l'issue d'une enquête, le comité envoie au directeur du SCRS, à l'administrateur général concerné, au solliciteur général du Canada et au plaignant un rapport «des recommandations qu'il juge indiquées et des conclusions qu'il juge à propos de communiquer au plaignant».

Voilà donc le contexte dans lequel doit être examiné le par. 52(2) de la Loi. Il convient dès lors de se prononcer sur la question fondamentale de savoir si les «recommandations» du comité lient le sous-ministre.

Les restrictions législatives à la prérogative

Il ne fait aucun doute que la prérogative de l'État peut être supprimée ou restreinte par voie législative. Dès qu'une loi régit un domaine qui

plied by the prerogative power, the Crown must comply with the terms of the statute. See, for example, Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 11. Thus, if the “recommendations” of the Committee, referred to in s. 52(2), are interpreted as a decision binding upon the Deputy Minister, then the Act will limit the prerogative powers formerly exercised by the Deputy Minister.

The Interpretation of s. 52(2)

Positions of the Parties

The respondent and the intervening Committee contend that the Act introduces a three level system for dealing with security clearances. This system, as they see it, is based upon an interpretation of “recommendations” as a “binding decision”. Their arguments proceed in this way. First, the Deputy Minister is solely responsible for granting or denying security clearance in accordance with C.D. 35, using the information received from CSIS. Second, if an individual lodges a complaint with the Committee, the Committee then conducts an investigation and reports its recommendations. Third, the Deputy Minister must give effect to the recommendations made by the Committee. In circumstances where the Deputy Minister considers fresh information which was not examined by the Review Committee, then the Deputy Minister may return to step one of the process and refuse a security clearance. At that point, the same three-step process would again be set in motion.

On the other hand, the appellant submits that the Act does not relieve Deputy Ministers of their responsibility to grant or to deny security clearances. The appellant contends that the “recommendations” of the Committee are advisory only. Moreover, it is argued that the purpose of the investigation is to disclose to the complainant the reasons for denial of clearance and to provide the complainant with an opportunity to be heard.

Meaning of “Recommendations”

All parties are in agreement that in order to interpret “recommendations” in s. 52(2), the *Canadian Security Intelligence Service Act* must be read as a whole in order to ascertain its aim and object.

relevait auparavant de la prérogative, l'État est tenu de s'y conformer. Voir à ce sujet Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 11. Ainsi, si les «recommandations» du comité visées au par. 52(2) sont assimilées à une décision liant le sous-ministre, alors la Loi a pour effet de restreindre la prérogative dont était auparavant investi le sous-ministre.

L'interprétation du par. 52(2)

Les prétentions des parties

L'intimé et le comité intervenant soutiennent que la Loi a pour effet de mettre sur pied un système en trois étapes d'octroi des habilitations de sécurité. Selon eux, ce système repose sur l'assimilation des «recommandations» à une «décision obligatoire». Ils présentent ainsi leurs arguments: premièrement, le sous-ministre est seul responsable de l'octroi ou du refus de l'habilitation de sécurité conformément à la directive n° 35, à partir des renseignements transmis par le SCRS. Deuxièmement, lorsqu'une personne présente une plainte au comité, celui-ci fait enquête et dépose un rapport faisant état de ses recommandations. Troisièmement, le sous-ministre doit donner suite aux recommandations du comité. Lorsqu'il prend en considération des éléments nouveaux dont le comité n'a pas été saisi, le sous-ministre peut revenir à la première étape de la procédure et refuser l'habilitation de sécurité. La même procédure en trois étapes serait alors à nouveau mise en branle.

Pour sa part, l'appelante prétend que la Loi ne relève pas le sous-ministre de son obligation d'accorder ou de refuser une habilitation de sécurité. Elle soutient que les «recommandations» du comité ne sont que des conseils. En outre, elle fait valoir que l'objet de l'enquête est de communiquer au plaignant les motifs du refus de l'habilitation de sécurité et de lui donner la possibilité d'être entendu.

Le sens du mot «recommandations»

Toutes les parties conviennent que, aux fins de l'interprétation du mot «recommandations» qui figure au par. 52(2), la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* doit être considérée

As well, it is accepted that when the words used in the statute are clear and unambiguous, no other step is needed to identify the intention of Parliament. See, for example, *R. v. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 S.C.R. 624, at p. 630.

The respondent argues that the word “recommendations” should not automatically be given its ordinary meaning. Rather, it should be interpreted in the context of the statute. Great reliance is placed on the Australian case *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. v. City of Port Adelaide* (1975), 11 S.A.S.R. 504. In that case, it was found that in the context of a statute empowering the Governor to make regulations “on the recommendation” of a municipal authority or council, that the Governor’s regulations must closely conform with the recommended draft. The *Myer* case is readily distinguishable from the case at hand. The wording of the legislation challenged in that case made it very clear that the “recommendation” had to be followed. The statute in the *Myer* case specifically contemplated some action being taken by one party “on the recommendation of” another party. By contrast, s. 52(2) does not concern itself with any action by a deputy head “on the recommendation” of the Committee.

The contention of the respondent should not, in my view, be accepted. The simple term “recommendations” should be given its ordinary meaning. “Recommendations” ordinarily means the offering of advice and should not be taken to mean a binding decision. I agree with the conclusion of Dubé J. of the Trial Division who noted, at p. 92, that:

The grammatical, natural and ordinary meaning of the word “recommendation” is not synonymous with “decision”. The verb “to recommend” is defined in the *Oxford English Dictionary* as “to communicate or report, to inform”. In *Webster’s Third New International Dictionary* it is defined as “to mention or introduce as being worthy of acceptance, use, or trial; to make a rec-

dans son ensemble afin d’en dégager l’objet. En outre, tous admettent qu’aucune autre démarche n’est nécessaire pour établir l’intention du législateur lorsque le texte de la loi est clair et sans ambiguïté. Voir à ce sujet l’arrêt *R. c. Multiform Manufacturing Co.*, [1990] 2 R.C.S. 624, à la p. 630.

L’intimé prétend que le mot «recommandations» ne doit pas nécessairement être interprété suivant son sens ordinaire. En fait, il estime que l’on doit tenir compte, à cette fin, du contexte dans lequel s’inscrit le texte législatif. Il s’appuie largement à cet égard sur le jugement australien *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. c. City of Port Adelaide* (1975), 11 S.A.S.R. 504. Dans cette affaire, le tribunal a statué que, dans le contexte d’une loi conférant au gouverneur le pouvoir de prendre des règlements [TRADUCTION] «sur la recommandation» de l’administration ou du conseil municipal, les règlements pris par le gouverneur doivent s’en tenir à la lettre aux dispositions recommandées. Une distinction peut facilement être établie entre cette affaire et la présente espèce. Dans l’affaire *Myer*, il ressortait en effet du texte législatif en cause que la «recommandation» devait être suivie, et la loi prévoyait expressément que certaines mesures devaient être prises par une partie «sur la recommandation» d’une autre. Par contre, dans la présente affaire, le par. 52(2) ne prévoit pas que l’administrateur général doit prendre quelque mesure «sur la recommandation» du comité.

On ne saurait, selon moi, faire droit à la prétention de l’intimé. Le terme «recommandations» doit être interprété suivant son sens ordinaire. «Recommandations» renvoie ordinairement au fait de conseiller et ne saurait équivaloir à une décision obligatoire. Je suis d’accord avec la conclusion du juge Dubé de la Section de première instance, à la p. 92:

Dans son sens grammatical, naturel et courant, le mot «recommandation» n’est pas synonyme du mot «décision». L’*Oxford English Dictionary* définit comme suit le verbe «recommander»: [TRADUCTION] «communiquer ou faire état de; informer». Le *Webster’s Third New International Dictionary* en donne la définition suivante: [TRADUCTION] «mentionner ou présenter comme

ommendatory statement; to present with approval; to advise, counsel”.

There is nothing in either the section or the Act as a whole which indicates that the word “recommendations” should have anything other than its usual meaning. The Committee’s recommendation constitutes a report put forward as something worthy of acceptance. It serves to ensure the accuracy of the information on which the Deputy Minister makes the decision, and it gives the Deputy Minister a second opinion to consider. It is no more than that. The wording of this section would be strained by giving the statute any wider scope. It should never be forgotten that it is the Deputy Minister who is responsible, not simply for the granting of security clearance, but for the ongoing security in his department. It is an onerous responsibility that is cast upon the Deputy Minister. Accordingly, it is reasonable and appropriate that the final decision as to security clearance is left to the Deputy Minister, notwithstanding the recommendations of the Committee. The conclusion that the words in the statute are clear and unambiguous is sufficient to dispose of the appeal. Nevertheless, I should make a brief reference to two of the other issues raised.

Harmonious Interpretation of “Recommendations” within the Sections and the Act.

There is another basis for concluding that “recommendations” should be given its usual meaning in s. 52(2).

The word is used in other provisions of the Act. Unless the contrary is clearly indicated by the context, a word should be given the same interpretation or meaning whenever it appears in an act. Section 52(1) directs the Committee to provide the Minister and Director of CSIS with a report containing the findings with regard to s. 41 investigations and any “recommendations” that the Committee considers appropriate. A section 41 investigation stems from a complaint to the Committee “with respect to any act or thing done by” CSIS.

étant digne d’acceptation, d’utilisation ou d’essai; faire une recommandation; présenter avec approbation; conseiller».

Ni la disposition en cause ni la Loi dans son ensemble ne permettent de conclure que le mot «recommandations» a un autre sens que son sens usuel. La recommandation du comité est un rapport présenté comme étant digne d’acceptation. Elle sert à garantir l’authenticité des renseignements sur lesquels le sous-ministre fonde sa décision et lui donne l’avantage d’une seconde opinion, rien de plus. Ce serait forcer le sens de la disposition en cause de conférer à la Loi une portée plus grande. Il importe de rappeler que c’est au sous-ministre qu’il incombe non seulement d’accorder les habilitations de sécurité, mais également d’assurer la sécurité de son ministère en général. Il s’agit là d’une lourde responsabilité. Par conséquent, il est raisonnable et opportun que la décision finale concernant l’habilitation de sécurité lui appartienne quelles que soient les recommandations du comité. La conclusion que le texte de la loi est clair et sans ambiguïté suffit à déterminer l’issue du pourvoi, mais je traiterai brièvement de deux des autres questions soulevées.

L’interprétation uniforme du mot «recommandations» dans les différentes dispositions et dans la Loi

Il existe un autre motif qui justifie de donner son sens ordinaire au mot «recommandations» au par. 52(2).

Ce mot est employé dans d’autres dispositions de la Loi et, à moins que le contexte ne s’y oppose clairement, un mot doit recevoir la même interprétation et avoir le même sens tout au long d’un texte législatif. Selon le par. 52(1), le comité envoie au ministre et au directeur du SCRS un rapport contenant ses conclusions concernant une plainte présentée en vertu de l’art. 41 et les «recommandations» qu’il juge indiquées. L’enquête visée à l’art. 41 découle d’une plainte présentée au comité «contre des activités du» SCRS.

It would be obviously inappropriate to interpret "recommendations" in s. 52(1) as a binding decision. This is so, since it would result in the Committee encroaching on the management powers of CSIS. Clearly in s. 52(1) "recommendations" has its ordinary and plain meaning of advising or counselling. Parliament could not have intended the word "recommendations" in the subsequent subsection of the same section to receive a different interpretation. The word must have the same meaning in both subsections.

Was there Evidence Upon Which the Deputy Minister Could Conclude that the Respondent's Security Clearance Should be Denied?

It is the respondent's position that the Deputy Minister had no evidence upon which he could reasonably have concluded that the respondent's security clearance should have been denied. I cannot accept this submission. It must be remembered that the Committee emphasized that its own conclusions were "entirely subjective". The Committee found that the respondent had in fact admitted to the unauthorized release of classified information while working for the Canadian International Development Agency. The Committee also determined that the respondent had lied to the CSIS investigators about the telex incidents. Thus, there was evidence upon which the Deputy Minister could conclude that the respondent's security clearance should be denied.

It is clear that the Deputy Minister, did, in fact, rely upon this evidence to support a clearance refusal. In a letter dated June 4, 1986, the Deputy Minister wrote to Mr. Thomson's solicitor and advised him that "the decision to deny security clearance is maintained". The letter also mentioned the report of the Committee. It can be readily inferred from this letter that the Deputy Minister maintained the clearance refusal only after considering the report. Further the Deputy Minister in his affidavit of September 5, 1986, explained, his reasons for continuing to deny security clearance. In paragraphs 17-19 of that affidavit he deposed that the refusal was based on "the said report from the Canadian Security Intelligence Service, even as commented upon or explained in the said report

Il serait de toute évidence inopportun d'assimiler le mot «recommandations», au par. 52(1), à une décision obligatoire. Il en résulterait, en effet, que le comité empiéterait sur les pouvoirs de gestion du SCRS. De toute évidence, le mot «recommandations», au par. 52(1), a le sens ordinaire de conseils. Le législateur n'a certainement pas eu l'intention de donner un sens différent au mot «recommandations» au paragraphe suivant du même article. Le mot doit avoir le même sens dans les deux cas.

Des éléments de preuve fondaient-ils la décision du sous-ministre de refuser l'habilitation de sécurité à l'intimé?

L'intimé soutient que le sous-ministre ne pouvait raisonnablement s'appuyer sur aucun élément de preuve pour refuser de lui accorder l'habilitation de sécurité. Je ne peux faire droit à sa prétention. Il convient de rappeler la remarque du comité selon laquelle ses propres conclusions étaient «tout à fait subjectives». Le comité a découvert que l'intimé avait de fait avoué avoir communiqué sans autorisation des informations classifiées pendant qu'il travaillait au service de l'Agence canadienne de développement international. Le comité a également conclu que l'intimé avait menti aux enquêteurs du SCRS concernant la divulgation de télex. Par conséquent, les éléments de preuve dont disposait le sous-ministre pouvaient fonder le refus d'octroyer l'habilitation de sécurité à l'intimé.

Il est évident que le sous-ministre a, en fait, fondé son refus d'accorder l'habilitation de sécurité sur ces éléments de preuve. Dans une lettre en date du 4 juin 1986, il écrivait au procureur de M. Thomson que [TRADUCTION] «la décision de refuser l'habilitation de sécurité est maintenue». La lettre faisait également mention du rapport du comité. On peut facilement présumer de la lettre que le sous-ministre a maintenu sa décision de refuser l'habilitation seulement après avoir examiné le rapport. En outre, dans son affidavit du 5 septembre 1986, le sous-ministre a expliqué pourquoi il continuait de refuser l'habilitation. Aux paragraphes 17 à 19 de cet affidavit, il a déposé que son refus était fondé sur [TRADUCTION] «le rapport du Service canadien du renseignement de

from the Security Intelligence Review Committee". This clearly indicates that the Deputy Minister made his decision only after considering the evidence of the Committee.

The Requirements of Natural Justice

This Court has repeatedly recognized the general common law principle that there is "a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual" (see *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 653). It follows that the Deputy Minister was under a duty to comply with the principles of procedural fairness in the context of security clearance decision-making. Generally speaking, fairness requires that a party must have an adequate opportunity of knowing the case that must be met, of answering it and putting forward the party's own position. When all the surrounding circumstances are taken into account it is clear that the Deputy Minister fully satisfied these requirements.

Prior to the Committee hearing, Mr. Thomson had been apprised of the objections of the Deputy Minister in a document titled "Statement of Circumstances Giving Rise to the Denial of a Security Clearance to Robert Thomson by the Deputy Head of Agriculture Canada". This document listed the objections considered by the Deputy Minister in his clearance denial. Mr. Thomson was given a full opportunity to respond to the allegations against him at his hearing before the Committee. Despite his own explanations and the submissions made on his behalf, the Committee accepted that three of the five reasons for refusal in the above document were in fact well founded. It is thus apparent that Mr. Thomson was given proper notice and a full hearing in regard to the allegations which formed the basis of the Deputy Minister's decision. The requirements of natural justice have been satisfied.

sécurité, et même sur les commentaires que formule à son égard ou les explications que fournit le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité dans son propre rapport». Cela indique clairement que le sous-ministre n'a pris sa décision qu'après avoir étudié la preuve fournie par le comité.

Les exigences de la justice naturelle

Notre Cour a souvent reconnu le principe général de common law selon lequel «une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne» (voir *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 653). Le sous-ministre était donc tenu de se conformer aux principes de l'équité procédurale dans le contexte des décisions en matière d'octroi des habilitations de sécurité. D'une manière générale, l'équité exige qu'une partie ait une possibilité suffisante de connaître la preuve contre laquelle elle doit se défendre, de la réfuter et de présenter sa propre preuve. Si l'on tient compte de toutes les circonstances, il est évident que le sous-ministre a pleinement satisfait à ces exigences.

Avant l'audience du comité, M. Thomson avait été mis au courant des objections du sous-ministre dans un document intitulé [TRADUCTION] «Résumé des circonstances qui ont donné lieu au refus d'une habilitation de sécurité à Robert Thomson par l'administrateur général d'Agriculture Canada». Ce document donnait la liste des objections dont avait tenu compte le sous-ministre pour refuser d'accorder l'habilitation de sécurité. Au cours de l'audience tenue par le comité, M. Thomson a eu la possibilité de répondre aux reproches qui lui étaient adressés. Malgré ses propres explications et les observations formulées en sa faveur, le comité a reconnu comme étant bien fondés trois des cinq motifs de refus donnés par le sous-ministre. Il semble donc que M. Thomson a reçu un avis approprié et a bénéficié d'une audience complète relativement aux allégations qui fondaient la décision du sous-ministre. Les exigences de la justice naturelle ont été respectées.

Summary

The word “recommendations” in the context of s. 52(2) should receive its plain and ordinary meaning. It should not be taken to mean a final or binding decision. Consequently, s. 52(2) does not detract from the Deputy Minister’s authority to make the ultimate decision regarding security clearance. This conclusion flows from the wording of s. 52(2). It is supported by the compelling policy reasons for ensuring government security, a duty which is the responsibility of each deputy head.

Further, the Deputy Minister clearly had evidence upon which he could base his conclusion that security clearance should not be granted. In those circumstances, a court should not interfere with that decision.

Disposition

In the result, I would allow the appeal and deny the applications for *certiorari* and *mandamus*.

The following are the reasons delivered by

L’HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—I have read the reasons of my colleague Justice Cory and, with respect, I can agree neither with them nor with his conclusion. In my opinion, the Deputy Minister was bound to follow the “recommendations” of the Security Intelligence Review Committee (the “Committee”) in the circumstances of the case at bar, largely for the reasons set forth by Stone J.A. for the unanimous Federal Court of Appeal, [1988] 3 F.C. 108.

The main issue in this case, as my colleague points out, is the interpretation of s. 52(2) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (the “Act”) and, specifically, whether a Deputy Minister may ignore the recommendations of the Committee which has reviewed the security clearance of an applicant.

Résumé

Le mot «recommandations», employé au par. 52(2), doit recevoir son sens manifeste et ordinaire. Il ne doit pas être assimilé à une décision finale ou obligatoire. Par conséquent, le par. 52(2) ne porte pas atteinte au pouvoir du sous-ministre de prendre la décision finale concernant l’habilitation de sécurité. Cette conclusion découle du libellé même du par. 52(2). Elle s’appuie sur des motifs de politique générale impérieux visant à assurer la sécurité du gouvernement, obligation qui incombe à chaque sous-ministre.

De plus, le sous-ministre disposait manifestement d’éléments de preuve lui permettant de conclure que l’habilitation de sécurité ne devait pas être accordée. Par conséquent, un tribunal ne saurait modifier cette décision.

Dispositif

En définitive, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rejeter les demandes de *certiorari* et de *mandamus*.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L’HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—J’ai eu l’occasion de lire les motifs de mon collègue le juge Cory, mais je ne puis, avec égards, y souscrire non plus qu’à sa conclusion. Selon moi, le sous-ministre était tenu de suivre les «recommandations» du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (le «comité») dans les circonstances de la présente instance et ce, principalement pour les motifs invoqués par le juge Stone dans le jugement unanime de la Cour d’appel fédérale, [1988] 3 C.F. 108.

La principale question que pose cet appel, comme l’a souligné mon collègue, porte essentiellement sur l’interprétation du par. 52(2) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (la «Loi») et, en particulier, sur le fait qu’un sous-ministre puisse ou non ignorer les recommandations du comité saisi d’une plainte concernant l’habilitation de sécurité d’un candidat à un emploi.

I agree with my colleague Cory J. that, to determine the meaning of any particular statutory provision, the act “must be read as a whole in order to ascertain its aim and object”. While judges long ago might have thought that it was possible to confine their examination to the words of a particular provision alone, today it is well established that, in statutory interpretation, heed must be paid to the language used, the context of both the specific provision and the law itself, and the purpose or intent of the legislation. The current approach is aptly explained by Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991) at pp. 324:

Interpretation founded on text alone is unacceptable, if only because words have no meaning in themselves. Meaning flows at least partly from context, of which the statute’s purpose is an integral element. Not only does the strictly literal approach ask more of language than it can offer, but it also overestimates the foresight and skill of the drafter. The separation of powers should not necessarily exclude collaboration between them. Drafters are not clairvoyant, they cannot anticipate all circumstances to which their texts will apply. Courts should do more than simply criticize, and the drafter should be able to count on their positive cooperation in fulfilling the goals of legislation. Lord Denning said that the judge, because of the special nature of his role, cannot change the fabric from which the law is woven, but he should have the right to iron out the creases.

The well known passage by Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) at p. 87, cited with approval by Chief Justice Dickson in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134, emphasises these points:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. [Emphasis added.]

Je souscris à l’opinion de mon collègue, le juge Cory, selon laquelle, pour déterminer la portée d’une disposition législative donnée, une loi «doit être considérée dans son ensemble afin d’en dégager l’objet». Même si, jadis, les juges ont pu croire qu’il était possible de s’en tenir à la seule analyse des mots d’une disposition donnée, il est désormais bien établi que, en matière d’interprétation des lois, il faut tenir compte des mots employés, du contexte dans lequel s’inscrivent tant la disposition en cause que la loi dans son ensemble ainsi que de l’objet de la loi ou de l’intention du législateur. Côté explique très bien l’approche courante dans *Interprétation des lois*, (2^e éd. 1990), aux pp. 365 et 366:

... une interprétation qui n’insiste que sur le texte doit être rejetée, ne serait-ce que pour le motif que les mots n’ont pas de sens en eux-mêmes. Ce sens découle en partie du contexte de leur utilisation, et l’objet de la loi fait partie intégrante de ce contexte. Ajoutons que si l’interprétation strictement littérale présume beaucoup des possibilités du langage humain, elle surestime aussi la clairvoyance et l’habileté des rédacteurs de textes législatifs. La séparation des pouvoirs ne devrait pas exclure nécessairement la collaboration des pouvoirs. Le rédacteur, qui ne peut prévoir toutes les circonstances où son texte devra s’appliquer, doit pouvoir attendre des tribunaux autre chose que des critiques: il doit pouvoir compter sur leur collaboration dans l’accomplissement du but de la loi. Pour reprendre les paroles de lord Denning, le juge, en raison de la nature particulière de sa fonction, ne peut pas changer le tissu dans lequel la loi est taillée, mais il devrait pouvoir en repasser les faux plis.

Le juge en chef Dickson a cité avec approbation l’extrait bien connu de l’ouvrage de Driedger intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87, dans *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134, où l’auteur met l’accent sur les points suivants:

[TRADUCTION] De nos jours, un seul principe ou méthode prévaut pour l’interprétation d’une loi: les mots doivent être interprétés selon le contexte, dans leur acception logique courante en conformité avec l’esprit et l’objet de la loi et l’intention du législateur. [Je souligne.]

Or, as Justice Pratte wrote in *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at p. 719:

A legislative provision should not be interpreted in isolation; its true meaning cannot be determined without giving consideration to the object of the statute in which it is contained and to the related provisions taken as a whole. Otherwise, there is a danger of arriving at an absurd conclusion.

Here, the crux of the case is the meaning of the word "recommendations" in s. 52(2) of the Act, which reads as follows:

52. . . .

(2) On completion of an investigation in relation to a complaint under section 42, the Review Committee shall provide the Minister, the Director, the deputy head concerned and the complainant with a report containing any recommendations that the Committee considers appropriate, and those findings of the investigation that the Committee considers it fit to report to the complainant. [Emphasis added.]

For my colleague Cory J., the Committee's report under this section cannot be binding because the term "recommendations" usually connotes advice, and because, in his view, there is nothing in the provision or in the Act which indicates that the word should have anything other than its ordinary meaning. In my opinion, however, the context of the Act and the intention of the legislation which can be deciphered from the whole statute, as well as the plain meaning of the words used, do not lead to my colleague's conclusion but to a contrary one.

Plain Meaning

In interpreting the plain meaning of a statute, the search for the one, true literal or dictionary definition is no longer paramount. According to Côté, *supra*, at p. 243:

Contemporary authorities have unequivocally rejected the idea that a statute's context can be ignored, and its interpretation founded on no more than the wording of the legislation.

Au même effet, l'opinion du juge Pratte dans *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, à la p. 719:

Une disposition législative ne s'interprète pas isolément; pour en déterminer son véritable sens, il faut nécessairement tenir compte de l'objet même de la loi où elle se trouve et de l'ensemble des dispositions qui s'y rattachent. Autrement, l'on risque d'arriver à un résultat absurde.

Dans la présente affaire, l'issue du litige dépend de l'interprétation qu'il faut donner au mot «recommandations» au par. 52(2) de la Loi, dont le libellé se lit:

52. . . .

(2) À l'issue d'une enquête sur une plainte présentée en vertu de l'article 42, le comité de surveillance envoie au ministre, au directeur, à l'administrateur général concerné et au plaignant un rapport des recommandations qu'il juge indiquées et des conclusions qu'il juge à propos de communiquer au plaignant. [Je souligne.]

Selon mon collègue, le juge Cory, le rapport du comité dont fait mention ce paragraphe ne peut lier le sous-ministre puisque le mot «recommandations» a habituellement la même connotation que «conseil» et que ni la disposition en cause ni la Loi ne permettent de conclure que le mot en question devrait être interprété autrement que suivant son sens ordinaire. J'estime, pour ma part, que le contexte de la Loi et l'intention du législateur qui se dégagent de l'ensemble du texte législatif, de même que le sens littéral des mots employés, n'appuient pas la conclusion de mon collègue, mais justifient plutôt une conclusion contraire.

Le sens littéral

Pour déterminer la portée véritable d'une loi, la recherche du sens littéral ou de la définition du dictionnaire ne prévaut plus. Voici ce qu'écrivit à ce sujet Côté, *op. cit.*, à la p. 271:

Aujourd'hui, la thèse voulant que l'interprète puisse se restreindre à l'exégèse de la seule formule de la loi et faire abstraction du contexte est répudiée nettement aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence.

See *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. v. Vandry*, [1920] A.C. 662, at p. 672; *City of Victoria v. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384, at p. 387; *Attorney-General v. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436, at p. 461; *R. v. Sommerville*, [1974] S.C.R. 387, at p. 395.

The limitations inherent in interpretation with reference to the text of a particular statutory provision alone are by now well known. As Driedger, *supra*, explains at p. 3:

Words, when read by themselves in the abstract can hardly be said to have meanings. A dictionary may give many definitions of a word, but it cannot have meaning unless it is connected with other words or things so as to express an idea. [Emphasis in original.]

Côté expands on this idea at p. 221:

The need to determine the word's meaning within the context of the statute remains. Dictionaries provide meanings for a number of standard and recurring situations. Even the best of them will only tersely indicate the context in which a particular meaning is used. The range of meanings in a dictionary is necessarily limited. It cannot be sufficiently repeated "how much context and purpose relate to meaning". [Emphasis added.]

Accordingly, although the intent of Parliament can sometimes be discerned by the "plain meaning" of a statutory provision, "plain meaning" itself depends on the context of the provision and the overall scheme of the act. As Driedger notes at p. 89:

The general principles, as we have seen, are that if the words are clear and unambiguous they must be followed; but if they are not, then a meaning must be chosen or found. But the Act must be read as a whole first, for only then can it be said that the words are or are not clear and unambiguous.

Finally, the meaning of specific terms must also be reconciled with the intent of Parliament, as Driedger reiterates at p. 83:

Voir les arrêts suivants: *Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. c. Vandry*, [1920] A.C. 662, à la p. 672; *City of Victoria c. Bishop of Vancouver Island*, [1921] 2 A.C. 384, à la p. 387; *Attorney-General c. Prince Ernest Augustus of Hanover*, [1957] A.C. 436, à la p. 461; *R. c. Sommerville*, [1974] R.C.S. 387, à la p. 395.

Les restrictions inhérentes à l'interprétation, lorsqu'il s'agit du libellé d'une disposition législative donnée, sont désormais bien connues. À ce sujet Driedger, *op. cit.*, explique à la p. 3:

[TRADUCTION] Pris isolément et considérés de manière abstraite, les mots peuvent difficilement avoir un sens. Même si le dictionnaire donne plusieurs définitions d'un mot, celui-ci ne peut avoir de sens que s'il est relié à d'autres mots ou éléments, de manière à exprimer une idée. [Italiques dans l'original.]

Côté développe cette idée, à la p. 245:

... il ne faut pas oublier que l'interprète doit rechercher le sens qu'un mot a dans le contexte d'une loi donnée, et non uniquement le sens des dictionnaires. Ceux-ci définissent le sens des mots d'après leur usage dans un certain nombre de contextes récurrents et standards. Les meilleurs ouvrages indiqueront d'ailleurs par une phrase le contexte dans lequel le mot a le sens défini. La gamme des sens définis au dictionnaire est nécessairement limitée et l'interprète doit en tenir compte: on ne répétera jamais assez «à quel point le contexte et le but visé peuvent faire varier le sens d'un mot». [Je souligne.]

En conséquence, même si l'on peut parfois déceler l'intention du législateur en faisant appel au «sens littéral» d'une disposition législative, ce «sens littéral» dépend du contexte de celle-ci et de l'économie générale de la loi. Driedger, *op. cit.*, fait d'ailleurs remarquer ce qui suit à la p. 89:

[TRADUCTION] Selon les principes que nous avons déjà vus, lorsque le libellé d'une disposition est clair et sans ambiguïté, il doit être suivi à la lettre; dans le cas contraire, il faut trouver ou choisir un sens. Cependant, ce n'est qu'après avoir lu la loi dans son ensemble que l'on peut dire si le libellé d'une disposition est clair et sans ambiguïté.

Enfin, le sens de termes particuliers doit également tenir compte de l'intention du législateur, comme le rappelle Driedger, à la p. 83:

It is clear that today, the words of an Act are always to be read in the light of the object of the Act.

The classic example of the application of these principles arises in the context of legislation containing permissive or directory language. The expressions “may” or “it shall be lawful”, for instance, have often been held by the courts to exclude the possibility of discretion; Côté, *supra*, p. 199 and generally at pp. 199-202. In *Julius v. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214, the House of Lords held that the meaning of the term “it shall be lawful” must be inferred from the context of the statutory provision, rather than from the “plain and unambiguous” ordinary meaning of the expression. As the Lord Chancellor wrote at pp. 222-23:

The words “it shall be lawful” are not equivocal. They are plain and unambiguous. They are words merely making that legal and possible which there would otherwise be no right or authority to do. They confer a faculty or power, and they do not of themselves do more than confer a faculty or power. But there may be something in the nature of the thing empowered to be done, something in the object for which it is to be done, something in the conditions under which it is to be done, something in the title of the person or persons for whose benefit the power is to be exercised, which may couple the power with a duty, and make it the duty of the person in whom the power is reposed, to exercise that power when called upon to do so. [Emphasis added.]

Similarly, the Ontario Court of Appeal held in *Hands v. Law Society of Upper Canada* (1890), 17 O.A.R. 41, at p. 50, that the presumption that “shall” was mandatory and “may” was facultative was not dispositive:

I see nothing in this case, or in any other case, to warrant our holding that whenever the Legislature has created a tribunal to try offences or exercise such powers of deprivation as are given in the case before us, and empowers that tribunal to compel the attendance of wit-

[TRADUCTION] Il appert de nos jours que le libellé d'une loi doit toujours être interprété en fonction de l'objet de la loi.

L'exemple classique de l'application de ces principes se retrouve dans le contexte d'une législation qui emploie un langage permissif ou mandatoire. Les tribunaux ont maintes fois statué que l'emploi, par exemple, de l'expression «*may*» (peut) ou «*it shall be lawful*» (il est licite) avait souvent pour effet d'exclure la possibilité de tout pouvoir discrétionnaire. (Côté, *op. cit.*, à la p. 222 et, en général, aux pp. 221 à 225). Dans l'arrêt *Julius c. Bishop of Oxford* (1880), 5 App. Cas. 214, la Chambre des lords a statué que le sens de l'expression «*it shall be lawful*» (il est licite) devait être déterminé en fonction du contexte de la disposition législative en cause, et non suivant son sens ordinaire, c.-à-d. «clair et sans ambiguïté». Le lord chancelier exprime l'opinion suivante aux pp. 222 et 223:

[TRADUCTION] L'expression «*it shall be lawful*» (il est licite) est non équivoque. Elle est claire et sans ambiguïté. Elle ne fait que rendre légal et possible ce qui, autrement, ne pourrait être accompli en vertu de quelque droit ou pouvoir. Elle ne fait qu'accorder la faculté ou le pouvoir, sans plus. Il se peut que de par l'objet même du pouvoir en cause, de par son but, de par les conditions de son exercice, de par la qualité de la ou des personnes qui en bénéficient, le pouvoir soit assorti d'une obligation, à savoir l'obligation pour celui qui en est investi de l'exercer lorsqu'il en est requis. [Je souligne.]

De même, dans l'arrêt *Hands v. Law Society of Upper Canada* (1890), 17 O.A.R. 41, à la p. 50, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la présomption selon laquelle «*shall*» (doit) exprimait une obligation et «*may*» (peut), une faculté, n'était pas concluante:

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans la présente instance, ni dans aucune autre, qui puisse nous amener à conclure que, lorsqu'une législature crée un tribunal chargé d'instruire des affaires liées à la perpétration d'infractions ou d'exercer des pouvoirs de répression semblables à ceux dont il est question en l'occurrence et qu'elle l'investit du pouvoir de contraindre des témoins

nesses and to examine them on oath, that it can be left to discretion to exercise such powers or not.

It has been suggested that our Interpretation Acts have stamped unalterable meanings on such words as "shall" and "may". I can hardly think that the Legislature intended any change in the law.

This approach was adopted by this Court in *Bridge v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 8, at pp. 12-13:

... it is first submitted that as the permissive word "may" is used in section 5 of the by-law Council have left it to the City Clerk to decide whether permits shall be issued at all; but the by-law must, of course, be read and construed as a whole and it is obvious from other provisions that the Clerk must issue permits in the manner laid down in the by-law.

The Court emphasized in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen*, [1956] S.C.R. 82, that looking beyond permissive language to the intent of the legislator is particularly important in the context of statutory provisions which give effect to legal rights. According to Locke J. at pp. 86-87:

The language of s. 5, in so far as it affects this aspect of the matter, reads: —

5. The board shall have power to make orders: —

.....

(i) rescinding or amending any order or decision of the board.

While this language is permissive in form, it imposed, in my opinion, a duty upon the Board to exercise this power when called upon to do so by a party interested and having the right to make the application Enabling words are always compulsory where they are words to effectuate a legal right [Emphasis added.]

The Quebec Court of Appeal followed this example in *Cité de Côte-St-Luc v. Canada Iron Foundries Ltd.*, [1970] C.A. 62. At page 65, Trem-

à comparaître et de les interroger sous serment, ce tribunal peut avoir la faculté d'exercer ou non ces pouvoirs.

D'aucuns prétendent que nos lois d'interprétation ont établi, de manière définitive, le sens des mots «doit» et «peut». Je peux difficilement concevoir que le législateur ait pu vouloir modifier le droit applicable.

Notre Cour a souscrit à cette approche dans *Bridge c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 8, aux pp. 12 et 13:

[TRADUCTION] . . . on soutient premièrement que, en employant le mot «peut», qui exprime une faculté, à l'article 5 du règlement, le conseil a délégué au greffier municipal le pouvoir de décider s'il convient de délivrer un permis. Or, le règlement doit être interprété dans sa globalité et il appert d'autres dispositions que le greffier doit délivrer les permis de la manière prévue au règlement.

Dans *Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen*, [1956] R.C.S. 82, notre Cour a souligné qu'il est particulièrement important, indépendamment du fait que les termes employés dans une loi expriment une faculté, de prendre en considération l'intention du législateur, en particulier dans le contexte de dispositions législatives donnant effet à des garanties juridiques. Selon le juge Locke aux pp. 86 et 87:

[TRADUCTION] La partie de l'art. 5 qui concerne cet aspect de la question est ainsi rédigée:

5. La Commission a le pouvoir de rendre des ordonnances:—

.....

(i) annulant ou modifiant toute ordonnance ou décision du Conseil.

Bien que le texte soit rédigé dans une forme permissive, à mon avis il impose à la commission l'obligation d'exercer ce pouvoir lorsqu'une partie intéressée et ayant le droit de faire la requête lui en fait la demande [. . .] Les dispositions portant autorisation sont toujours obligatoires lorsqu'elles ont pour objet de reconnaître un droit . . . [Je souligne.]

La Cour d'appel du Québec a souscrit à ce point de vue dans *Cité de Côte-St-Luc c. Canada Iron Foundries Ltd.*, [1970] C.A. 62, où le juge en chef

blay C.J. stressed the dangers of conferring discretion in certain circumstances:

[TRANSLATION] There would have to be a text of great clarity to lead me to conclude that the legislature was imprudent enough to confer on municipal councils the discretionary power to accept or refuse a review at their whim. What a risk of favouritism and persecution.

For other cases in which this Court has interpreted permissive or mandatory expressions, see also *Reference as to the constitutional validity of certain sections of The Fisheries Act, 1914*, [1928] S.C.R. 457, at pp. 476-77, and, more recently, *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, per Dickson C.J., at pp. 274-75.

In this case, reference to context and intent is important since, in my view, the word "recommendations" does not lend itself automatically to a single, rigid definition. As Dubé J. noted below, at p. 92, the meaning of the verb "to recommend" in the *Oxford English Dictionary* and *Webster's Third New International Dictionary* runs the gamut from "to communicate or report" to "to advise, counsel". Moreover, as Côté and Driedger point out, these dictionary definitions are all merely suggested meanings; the true meaning of the word must necessarily flow from its context within the entire statute. Thus, while "recommendations" often connote advice or information which the recipient may disregard, the term might also refer to directions or orders which are binding.

Accordingly, in *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. v. City of Port Adelaide* (1975), 11 S.A.S.R. 504, a court found that a governor was obliged to make regulations "on the recommendation" of a municipal authority, without departing substantially from the authority's directions. Wells J. wrote at p. 547, paraphrasing counsel's argument with which he ultimately agreed:

Tremblay a fait état, à la p. 65, des risques que comporte l'octroi de pouvoirs discrétionnaires dans certains cas:

Il faudrait un texte d'une clarté limpide pour m'amener à conclure que le législateur a commis l'imprudence de conférer aux conseils municipaux le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de refuser une révision suivant leur caprice. Quel risque de favoritisme et de persécution!

Notre Cour s'est également prononcée sur l'interprétation d'expressions permissives ou mandatoires dans *Reference as to the constitutional validity of certain sections of The Fisheries Act, 1914*, [1928] R.C.S. 457, aux pp. 476 et 477 et, plus récemment, *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254 (le juge en chef Dickson), aux pp. 274 et 275.

Il importe ici de tenir compte du contexte et de l'intention du législateur étant donné que, selon moi, le mot «recommandations» ne se prête pas automatiquement à une seule et rigide définition. Comme l'a fait remarquer le juge Dubé en première instance, à la p. 92, l'*Oxford English Dictionary* et le *Webster's Third New International Dictionary* prévoient, à l'égard du verbe «recommander», une gamme de définitions allant de «communiquer ou faire rapport» à «conseiller». De plus, comme le mentionnent Côté et Driedger, ces dictionnaires ne font que suggérer des définitions, car le sens véritable d'un mot dépend nécessairement du contexte dans lequel il s'insère dans une loi considérée dans son entier. Par conséquent, bien que le mot «recommandations» renvoie souvent au fait de donner un conseil ou une information dont le destinataire peut ne pas tenir compte, il peut également signifier des directives ou des ordres obligatoires.

Ainsi, dans *Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. c. City of Port Adelaide* (1975), 11 S.A.S.R. 504, le tribunal a conclu que le gouverneur était tenu de prendre des règlements «sur la recommandation» du conseil municipal sans s'écarter substantiellement des directives de celui-ci. Paraphrasant les prétentions de l'une des parties, auxquelles il a finalement souscrit, le juge Wells conclut ce qui suit à la p. 547:

Why should the legislature have gone to such lengths to ensure that the views of the public about proposed regulations should be thoroughly canvassed and that those regulations should conform with the provisions and objects of the authorized development plan, if no more was to be required of the Governor than that he should not act without consulting the Council, that he should not act in direct opposition to its advice, and that he should act simply on its instigation? Why invite and consider objections from the relevant public, and attempt, in advance, to ensure compliance with the authorized development plan, if such painstaking vigilance is to be set at naught by an interpretation of s. 36 that enables the Governor to depart substantially from the recommended draft? Should not the regulations, when made, therefore, conform closely with the recommended draft?

While I agree with Cory J. that *Myer* might be distinguished from the instant case because the meaning of the phrase "on the recommendation" may be different from that of the word "recommendations", *Myer* is still instructive with respect to the importance of the context of a statutory provision. It suggests that a very elaborate scheme for hearings provided by law shows a legislative intent to give the resulting report binding force, which in turn may imply that certain terms have something other than their "ordinary" meaning.

Similarly, in *The King v. Christ's Hospital Governors*, [1917] 1 K.B. 19, Darling J. wrote at p. 23:

The word "recommendation" is not there used in its ordinary sense as when one says "I recommend you to do so and so," or as when a doctor says to his patient "I recommend you to take a change of air." Although put in the form of a recommendation, the clause really empowers those bodies to say "We nominate such and such a person, and you must appoint him an almoner; we cannot put him there ourselves; you are the governors of the institution and you have the means of including him in the list". I think that what was in the minds of those who framed the scheme was something equivalent to a *congé d'élire*, which, though in words a permission or invitation to elect, is really a command to do it. So here a nomination is called a "recommendation". The most definite language has not been used, but, as I have said, I think the word "recommendation"

[TRADUCTION] Pourquoi le législateur serait-il allé aussi loin pour s'assurer que l'opinion du public sur les règlements proposés soit largement sollicitée et que les règlements soient conformes aux dispositions et objets du plan de développement autorisé, s'il n'était pas exigé davantage du gouverneur que l'obligation de ne pas agir sans consultation du conseil, de ne pas aller directement à l'encontre de ses avis et de n'agir qu'à son instigation? À quoi servirait-il d'inviter le public concerné, de prendre en considération ses objections et de tenter de s'assurer à l'avance de la conformité des propositions avec le plan de développement autorisé, si une vigilance aussi assidue devait être mise en échec par une interprétation de l'art. 36 qui permettrait au gouverneur de s'écarter substantiellement du projet recommandé? Les règlements ne devraient-ils pas, au contraire, être rédigés de façon étroitement conforme à ce projet?

Même si je conviens, à l'instar du juge Cory, qu'une distinction peut être établie entre l'affaire *Myer* et la présente du fait que le sens de l'expression «sur la recommandation» peut être différent de celui du mot «recommandations», l'arrêt *Myer* demeure pertinent en ce qui a trait à l'importance que revêt le contexte d'une disposition législative. En effet, il en ressort que l'existence, dans une loi, d'une procédure très élaborée d'audition manifeste l'intention du législateur de conférer au rapport qui en résulte une force obligatoire, de sorte que certains termes peuvent ne pas être utilisés suivant leur acception «ordinaire».

Le juge Darling s'exprime dans le même sens dans l'arrêt *The King c. Christ's Hospital Governors*, [1917] 1 K.B. 19, à la p. 23:

[TRADUCTION] Le mot «recommandation» n'y est pas utilisé dans son acception ordinaire, comme lorsqu'on dit: «Je vous recommande de faire ceci et cela» ou quand un médecin s'adresse à son patient en lui disant: «Je vous recommande un changement d'air». Bien qu'elle adopte la formule de la recommandation, cette clause confère en réalité aux organismes en cause le pouvoir de dire: «Nous désignons telle personne et vous devez la nommer assistante sociale; nous ne pouvons pas mettre nous-mêmes cette recommandation en œuvre mais c'est à vous, à titre d'administrateurs de l'établissement, qu'il appartient d'inscrire le nom de cette personne sur la liste». À mon avis, les rédacteurs de cette clause avaient à l'esprit un mécanisme semblable au congé d'élire qui, sous la forme d'une permission ou d'une invitation, équivaut en fait à un commandement.

is used not in the mild sense, but as really meaning a nomination.

The context of *Christ's Hospital Governors* again differs from that of the case at bar, and yet the interpretation, which emphasizes the intention of the legislature, supports the conclusion that the correct meaning of the word "recommendation" may not be discerned with reference to the strict language of s. 52(2) alone.

As well, I am bound to attribute the words in the Act a meaning which is consistent with both its French and English texts according to s. 8 of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. O-2. It reads in part:

8. (1) In construing an enactment, both its versions in the official languages are equally authentic.

(2) In applying subsection (1) to the construction of an enactment,

. . . .

(d) if the two versions of the enactment differ in a manner not coming within paragraph (c), preference shall be given to the version thereof that, according to the true spirit, intent and meaning of the enactment, best ensures the attainment of its objects. [Emphasis added.]

In dealing with s. 8 in *The Queen v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865, at p. 872, this Court said:

... the narrower meaning of one of the two versions should not be preferred where such meaning would clearly run contrary to the intent of the legislation and would consequently tend to defeat rather than assist the attainment of its objects.

Section 52(2) of the French text of the Act refers to "recommendations". In *Le Petit Robert 1*, the words "commandement" and "ordre" are listed as synonyms for "recommandation".

Ainsi, en l'espèce, une «nomination» s'appelle une «recommandation». Le langage utilisé ne pêche pas par excès de précision, mais, je le répète, le mot «recommandation» n'est pas à mon avis employé ici au sens faible, mais au sens d'une véritable nomination.

Dans cette affaire, le contexte est différent de celui qui nous intéresse ici, mais l'interprétation qui y est donnée et qui met l'accent sur l'intention du législateur, nous mène à la conclusion que le sens véritable du mot «recommandations» ne puisse être déterminé uniquement à partir du libellé du par. 52(2).

De plus, je suis tenue de donner aux mots que la Loi emploie une interprétation que supportent les textes tant français qu'anglais, comme l'exige l'art. 8 de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, ch. O-2, dont voici un extrait:

8. (1) Dans l'interprétation d'un texte législatif, les versions des deux langues officielles font pareillement autorité.

(2) Pour l'application du paragraphe (1) à l'interprétation d'un texte législatif,

. . . .

d) s'il y a, entre les deux versions du texte législatif, une différence autre que celle mentionnée à l'alinéa c), on donnera la préférence à la version qui, selon l'esprit, l'intention et le sens véritables du texte, assure le mieux la réalisation de ses objets. [Je souligne.]

Relativement à l'art. 8, dans *La Reine c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865, notre Cour a statué à la p. 872:

... il ne faut pas retenir la version la plus restrictive si elle va clairement à l'encontre du but de la loi et compromet la réalisation de ses objets au lieu de l'assurer.

La version française du par. 52(2) de la Loi emploie le mot «recommandations». Dans *Le Petit Robert 1*, les mots «commandement» et «ordre» figurent parmi les synonymes du vocable «recommandation».

Context

Context refers both to the provisions immediately surrounding the provision under examination and to the overall scheme of the statute. As Côté explains at pp. 236-37:

First of all it includes the legal environment of the provision, the other provisions of the statute, the related statutes, etc. This is the narrow view of context. But "context" goes much further: it includes all ideas related to the wording that Parliament can reasonably consider to be sufficiently common knowledge as to obviate mention in the enactment. This may include the circumstances which led to the enactment, the aim and purpose of Parliament, the legislator's value system and linguistic habits, etc.

Turning first to the immediate context of s. 52(2), I find nothing that would necessarily compel me to attribute a permissive meaning to the term "recommendations". My colleague maintains that the same word should have exactly the same meaning throughout a statute. Since s. 41 empowers the Committee to review "any act or thing" done by the Canadian Intelligence Security Service ("CSIS") and give recommendations, he contends that giving the Committee's recommendations binding force would allow it to usurp the management powers of CSIS.

However, I must again emphasize the importance of not limiting ourselves to hard and fast rules lending to literal interpretation. As Driedger points out at p. 93:

There is another draftsman's guide to good drafting and hence also a reader's guide, namely, the same words should have the same meaning, and, conversely, different words should have different meanings. But this too is only an initial guide and not a rule. [Emphasis added.]

Other provisions in the Act, moreover, are consistent with the less restrictive interpretation of "recommendations". As Stone J.A. pointed out in the first Federal Court of Appeal decision in this

Le contexte

Le contexte s'entend des dispositions qui voisinent immédiatement la disposition en cause ainsi que de l'économie générale de la loi, comme l'explique Côté aux pp. 263 et 264:

Il s'agit, d'abord, de l'environnement légal d'une disposition, des autres dispositions de la loi, des lois connexes, des autres règles du système juridique. C'est le contexte au sens étroit. Le contexte d'énonciation d'une disposition inclut cela, mais bien davantage: il comprend toutes les idées liées au texte que le législateur peut présumer suffisamment connues des justiciables pour se dispenser d'avoir à les exprimer. Ces idées peuvent être relatives aux circonstances qui ont amené l'énonciation du texte, à l'objet qu'il cherche à accomplir, aux valeurs auxquelles le législateur est attaché, à ses habitudes d'expression, et ainsi de suite.

En ce qui concerne, premièrement, le contexte immédiat du par. 52(2), je ne vois rien qui m'obligerait nécessairement à donner au mot «recommandations» un sens facultatif. Mon collègue soutient qu'un mot doit toujours avoir le même sens tout au long d'un texte législatif. Selon lui, comme l'art. 41 investit le comité du pouvoir d'examiner les plaintes visant «des activités» du Service canadien du renseignement de sécurité (le «SCRS») et de faire des recommandations, le fait de rendre obligatoires les recommandations du comité permettrait à ce dernier d'usurper le pouvoir de gestion du SCRS.

Or, il est nécessaire d'insister à nouveau sur l'importance de ne pas se limiter à des règles strictes entraînant une interprétation littérale, comme le fait remarquer Driedger à la p. 93:

[TRADUCTION] Il existe un autre principe à l'intention des rédacteurs et, partant, des lecteurs, savoir, lorsqu'un même mot est utilisé, il devrait recevoir le même sens et inversement, lorsqu'on utilise des mots différents, on devrait leur attribuer des sens différents. Mais il ne s'agit là que d'une piste, et non d'une règle. [Je souligne.]

En outre, d'autres dispositions de la Loi vont dans le sens d'une interprétation moins restrictive du mot «recommandations». Dans le premier jugement rendu par la Cour d'appel fédérale dans la

case ([1988] 3 F.C. 108), in which he held, at p. 138, that the Deputy Minister was bound to follow the Committee's recommendations but that the Federal Court did not have the jurisdiction to set the decision aside:

... other provisions of the Act rather suggest that Parliament did not use the word "recommendations" in its literal sense. Thus, among the "consequential and related amendments" are provisions for the referral of a security question to investigation by the intervenant in accordance with the procedures I have already reviewed, and for the making of a report upon the completion of an investigation pursuant to the *Canadian Human Rights Act*, (subsection 36.1(7) ...), or the *Citizenship Act* (subsection 17.1(5) ...) or the *Immigration Act, 1976* (paragraphs 39(8)(a) ... and 82.1(6)(a) ...). It is significant, I think, that in none of these cases did Parliament authorize the intervenant to make any "recommendations" but merely "findings" or "conclusions" which the ultimate decision-maker is authorized to "consider".

It appears, then, that the legislation distinguishes between the binding force of the conclusions which the Committee could make with respect to investigations involving CSIS, and other investigations perhaps involving matters outside its expertise. While the effect of recommendations made concerning complaints under s. 41 of the Act is not at issue in this appeal, I am not prepared to assume that it would be outrageous to attribute to them a great weight or even a binding force. Accordingly, I do not think the use of the term "recommendations" in s. 52(1) mandates the literal interpretation of the same word in s. 52(2).

Turning then to the overall scheme of the Act, the mechanism for review of denials of security clearance set up by s. 42 of the Act is so elaborate that it suggests something more than an advisory role for the Committee. Stone J. began by detailing, at pp. 136-37, the extensive powers and obligations which the Committee has when undertaking investigations under s. 42:

présente affaire ([1988] 3 C.F. 108), où le tribunal statue, à la p. 138, que le sous-ministre était tenu de suivre les recommandations du comité, mais que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour annuler la décision, le juge Stone précise ce qui suit:

... d'autres dispositions de la Loi semblent indiquer que le mot «recommandations» n'a pas un sens littéral. Par exemple, au chapitre des «modifications consécutives et corrélatives», le paragraphe 36.1(7) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [...], le paragraphe 17.1(5) de la *Loi sur la citoyenneté* [...] ou encore les alinéas 39(8)a) [...] et 82.1(6)a) [...] de la *Loi sur l'immigration de 1976* renferment des dispositions visant le renvoi devant l'intervenant, pour enquête et rapport conformément à la procédure examinée plus haut, de toute question où la sécurité est en cause. Il est significatif, à mon sens, que dans aucun de ces cas, il ne soit question de «recommandations» mais seulement de «conclusions» que celui auquel incombe la décision finale est autorisé à étudier.

Il appert donc que la Loi établit une distinction, quant à la force obligatoire, entre les conclusions que pourrait tirer le comité à la suite d'une enquête mettant en cause le SCRS et celles issues d'une enquête portant, par exemple, sur des questions qui ne relèvent pas de son domaine de compétence. Bien que la portée des recommandations formulées relativement à une plainte présentée en application de l'art. 41 de la Loi ne soit pas en cause aux fins du présent pourvoi, je ne crois pas qu'il serait extravagant de leur conférer une grande importance, voire une force obligatoire. Par conséquent, je ne suis pas d'avis que l'emploi du mot «recommandations» au par. 52(1) emporte obligatoirement l'interprétation littérale du même mot au par. 52(2).

Pour ce qui concerne l'esprit général de la Loi, le caractère très élaboré de la procédure d'examen du refus de l'habilitation de sécurité que prévoit l'art. 42 de la Loi incite à conclure que le législateur a voulu conférer au comité davantage qu'un simple rôle consultatif. Le raisonnement du juge Stone débute par l'énumération complète, aux pp. 136 et 137, des pouvoirs et des obligations du comité qui entreprend une enquête aux termes de l'art. 42:

In my view, the word “recommendations” in subsection 52(2) of the Act must be construed with an eye to the entire statutory scheme for the investigation of a “complaint” by an individual denied employment in the public service by reason of the denial of a security clearance. Certain features of that scheme impress me as indicating an intention of Parliament to provide the complainant with redress rather than with merely an opportunity of stating his case and of learning the basis for the denial. They include the care that was taken to establish eligibility for appointment to membership of the intervenant, the manner of selecting and tenure of office of those appointed (section 34); the requirement that each member subscribe to an oath of secrecy (section 37); the requirement that an adverse decision exist before the intervenant may commence an investigation (subsection 42(1)); the need for providing all concerned with a statement, or a copy thereof, “summarizing such information available to the Committee as will enable the complainant to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the denial of the security clearance” (section 46); the requirement that both the Director and the deputy head be informed of the complaint before it is investigated (section 47); the opportunity made available to all concerned “to make representations to the Review Committee, to present evidence and to be heard personally or by counsel” (subsection 48(2)); the broad powers of the intervenant to summon and enforce the appearance of witnesses, and to compel the giving of evidence on oath and the production of “such documents and things as the Committee deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint in the same manner and to the same extent as a superior court of record”, to administer oaths, and to receive and accept evidence or other information, whether on oath or by affidavit or otherwise (section 50); the extent of access granted the intervenant to information “notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence”, and the proscription against withholding of such information “on any grounds” unless it be a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada to which subsection 36.3(1) of the *Canada Evidence Act* applies . . . (subsections 39(2) and (3)). [Emphasis added.]

Based on this scheme, Stone J.A. concluded at pp. 137-38, that the Committee’s recommendations must be something more than mere suggestions, since otherwise Parliament need not have established such a complex mechanism for investigation of complaints:

À mon avis, le mot «recommandations» contenu au paragraphe 52(2) de la Loi doit être interprété en tenant compte de l’ensemble du régime de la Loi auquel est soumise l’enquête relative à une «plainte» présentée par celui qui fait l’objet d’une opposition à engagement par suite du refus d’une habilitation de sécurité. J’ai été frappé, en la discernant dans certaines caractéristiques de ce régime, par la volonté du législateur d’accorder au plaignant un recours plutôt que la simple possibilité d’exposer sa cause et d’apprendre les motifs du refus. Parmi ces caractéristiques, je relève en particulier l’attention apportée aux critères de sélection et de nomination des membres de l’intervenant, de même qu’à la durée de leur mandat (article 34); leur obligation de prêter le serment de secret (article 37); la nécessité d’une décision défavorable comme préalable à l’ouverture d’une enquête (paragraphe 42(1)); l’obligation d’envoyer à toutes les parties concernées «un résumé des informations dont [le comité] dispose . . . [afin de permettre au plaignant d’être informé de la façon la plus complète possible des circonstances qui ont donné lieu au refus d’une habilitation de sécurité» (article 46); celle d’informer à la fois le directeur et l’administrateur général de la plainte avant de procéder à une enquête (article 47); la possibilité offerte à toutes les parties concernées de «présenter des observations . . . au comité de surveillance ainsi que d’être entendu en personne ou par l’intermédiaire d’un avocat» (paragraphe 48(2)); les vastes pouvoirs de l’intervenant d’assigner et de contraindre les témoins à comparaître devant lui, à déposer sous serment et à produire «les pièces qu’il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes, de la même façon et dans la même mesure qu’une cour supérieure d’archives», son pouvoir de faire prêter serment et de recevoir des éléments de preuve ou des informations par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen (article 50); l’étendue de son accès aux informations «par dérogation à toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve», et l’interdiction de lui refuser ces informations «pour quelque motifs que ce soit», à l’exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le paragraphe 36.3(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* [. . .] (paragraphe 39(2) et (3)). [Je souligne.]

Compte tenu de ce régime, le juge Stone conclut, aux pp. 137 et 138, que les recommandations du comité sont plus que de simples conseils, sinon le législateur n’aurait pas mis sur pied une procédure d’examen des plaintes aussi complexe:

In my view, the nature of this scheme indicates a desire by Parliament to provide a means of making full redress available to a complainant. It seems to me that a far less elaborate scheme would have sufficed had Parliament merely intended to provide means whereby a complainant might state his case to a third party and be made aware of the basis for denial of the clearance. The adoption of a detailed scheme by Parliament, which includes the obligation for a formal report in which "findings" and any "recommendations" are to be stated, suggests that this latter word was used other than in its literal sense. Secondly, the details of that scheme, including, for example, its emphasis on the need for prior notice, opportunity to be heard, summoning of witnesses, production of documents, access to sensitive information, etc., rather suggests an intention that the intervenant [the Committee] have the ability to examine the whole basis on which a denial rests to ensure such redress as its investigation may indicate. I can find no other acceptable explanation for arming it with such extensive powers. Given the lengths to which and the care with which Parliament dealt with this matter under the Act, I seriously doubt that it intended any "recommendations" to be merely advisory or suggestive. To view the scheme differently would be somewhat akin to saying that Parliament, like the mountains, though labouring mightily, brought forth a mouse.

The elaboration within the Act of the Deputy Minister's role in investigations provides another reason to conclude that the Committee's recommendations are more than suggestive. The Deputy Minister is a party to an adversarial process before the Committee. He has a full opportunity to state his case and defend his decision not to grant a security clearance, whether it was based on the CSIS report or other considerations. To conclude that, following the Committee hearings to which he has been a party, he may, without any other reasons than those he expressed at the hearings, reverse a decision which goes against his personal judgment, contradicts one of the fundamental tenets of natural justice. I agree with the respondent when he argues that: "It would be an absurd result for such a party to have a right at the end of the process to say that it is in fact the final decision-maker on the very issue being litigated".

À mon avis, la nature de ce régime témoigne du désir du législateur de mettre à la disposition du plaignant un mécanisme complet de redressement. Il me semble en effet que le législateur aurait pu se contenter d'un régime beaucoup moins complexe s'il ne s'était agi que de permettre au plaignant d'exposer sa cause devant une tierce partie et d'être informé des raisons du refus de l'habilitation. Au contraire, le caractère détaillé du régime adopté, y compris l'obligation de rédiger un rapport formel contenant des «conclusions» et des «recommandations», semblent indiquer que ce dernier mot n'est pas employé dans son sens littéral. De plus, il ressort des modalités de ce régime, notamment de l'importance accordée à l'avis préalable, à l'accès aux renseignements névralgiques, à la possibilité d'être entendu, d'assigner des témoins et de produire des pièces, etc., qu'on a voulu donner à l'intervenant [le comité] toute latitude pour examiner les raisons ayant pu motiver le refus et accorder, le cas échéant, le redressement approprié. Je ne puis trouver, à des pouvoirs aussi étendus, aucune autre explication acceptable. Vu l'importance que le législateur a attachée à cette question et le soin qu'il y a apporté, j'ai du mal à croire que toute «recommandation» puisse n'être que consultative ou faite à titre de simple suggestion. Conclure autrement reviendrait à dire que le législateur a, comme la montagne, accouché d'une souris.

Le fait que la Loi attribue un rôle au sous-ministre au cours de l'enquête permet également de conclure que les recommandations du comité ne sont pas que des suggestions. En effet, le sous-ministre est partie à la procédure contradictoire qui se déroule devant le comité. Il a pleinement l'occasion de faire valoir son point de vue et de justifier son refus d'accorder l'habilitation de sécurité, que sa décision se fonde sur le rapport du SCRS ou sur d'autres éléments. Lui reconnaître le droit de renverser une décision qui n'est pas conforme à son opinion personnelle, à la suite de l'audience du comité à laquelle il a participé à titre de partie, sans autres motifs que ceux invoqués à l'audience, va à l'encontre de l'un des principes fondamentaux de justice naturelle. Je souscris à l'argument de l'intimé selon lequel: [TRADUCTION] «Il serait absurde que la partie en cause puisse, à l'issue du processus, décider que la décision finale lui appartient quant à l'objet même du litige».

Purpose of the Legislation

Finally, a judge's fundamental consideration in statutory interpretation is the purpose of legislation. Côté writes at p. 249:

The function of all interpretation is to discover the meaning conveyed by the enactment, either explicitly or implicitly. If it has been written that courts must not add words to a law unless they are already implicit, it can be asserted, *a contrario*, that courts must also clarify what can be inferred from the context of the legal expression. A judge would be neglecting his duty were he to say: "I can see clearly what the statute intends, but its formulation is not appropriate".

Appellant's counsel argues that the almost exclusive purpose of the Committee is the internal regulation of CSIS. The Committee's recommendations to a Deputy Minister carry some persuasive force in terms of the final decision he or she will make, but he suggests that they function primarily as a commentary on the behaviour of CSIS's agents. In his view, since the Act does not explicitly relieve Deputy Ministers of their duty to ensure reliability and loyalty in their employees, no transfer of this power to the Committee may be inferred.

In my opinion, however, in setting up the review mechanism under s. 42, Parliament must have intended to provide a system of redress for parties who were unjustly deprived of employment due to erroneous or flawed CSIS reports. It would be illogical for Parliament to create the Committee and invest it with such extensive powers if, in the end, its conclusions could be ignored and complainants left in no better a position than they would have enjoyed had their complaints been unfounded. A Committee hearing involves a complete investigation of the complainant's character and history. It is difficult to see why an individual who had been denied a security clearance because of a CSIS report would go ahead with a complaint, if he or she had no assurance that a positive recommendation by the Security Committee would have any result whatsoever.

L'objet de la Loi

Enfin, il incombe fondamentalement au juge qui est appelé à interpréter un texte législatif de déterminer quel est l'objet de la loi en cause. Voici ce qu'écrivait Côté à ce sujet, aux pp. 278 et 279:

La fonction de tout interprète est de découvrir le sens qui se dégage du texte soit expressément, soit implicitement. Si on a pu écrire que les tribunaux n'ajoutent pas des termes à une loi s'ils n'y sont implicites, on peut affirmer, *a contrario*, qu'il est dans la fonction du tribunal d'explicitier ce qui ressort du contexte de la formule légale. Un tribunal ne remplirait pas sa fonction qui dirait: «Nous voyons très bien ce que la loi veut dire, mais la formule n'est pas tout à fait appropriée».

L'avocat de l'appelante fait valoir que le mandat du comité consiste presque exclusivement à assurer la réglementation interne du SCRS. Selon lui, les recommandations du comité au sous-ministre ont une certaine force de persuasion en ce qui a trait à la décision finale qui sera prise, mais il s'agit essentiellement d'observations sur la conduite des agents du SCRS. Comme la Loi ne relève pas expressément les sous-ministres de leur obligation de s'assurer de la fiabilité et de la loyauté de leurs employés, l'appelante soutient qu'on ne saurait conclure que ce pouvoir a été confié au comité.

J'estime, toutefois, qu'en établissant la procédure d'examen prévue à l'art. 42, le législateur doit avoir entendu mettre sur pied un mécanisme de redressement à l'intention des personnes qui se voient injustement refuser un emploi en raison d'un rapport inexact du SCRS. Il serait illogique que le législateur ait mis sur pied le comité en lui conférant des pouvoirs aussi étendus si, en fin de compte, ses conclusions pouvaient être mises de côté, le sort réservé au plaignant étant alors le même qu'une personne dont la plainte n'est pas fondée. La procédure d'audition du comité comprend une enquête complète sur la réputation et les antécédents du plaignant. Il est difficile d'imaginer pourquoi une personne qui s'est vu refuser une habilitation de sécurité sur le fondement d'un rapport du SCRS présenterait une plainte si elle n'était pas convaincue qu'une recommandation favorable du comité pouvait avoir quelque effet.

Besides, a decision that a deputy minister could deny a security clearance, despite a report refuting CSIS allegations and a positive recommendation by the Committee, means that a complainant would be the only civil servant who could be denied employment or promotion without any chance of righting a wrong done to him, as admitted by counsel for the appellant during the oral hearing before this Court. When asked whether a complainant would indeed have no remedy or recourse according to his interpretation of the Act, he replied:

He has no redress in the sense that he can compel or submit argument which would result in a legal right that he be granted a security clearance. He has the redress in the sense my lord Mr Justice La Forest has put, that he now has the opportunity to know why he was denied a security [clearance].

In the context of today's labour relations, it is hard to believe that Parliament would have had the intent to limit complainants' rights in the way that this admission suggests.

Finally, I must disagree with my colleague Cory J.'s view that the final decision as to the security clearance must be left to the Deputy Minister, since the Deputy Minister is responsible for ongoing security in his or her department.

Given the actual hiring process, the Deputy Minister has full discretion to eliminate anyone whom he or she does not like at the initial selection stage, without giving any reasons whatsoever. In fact, the provisions of Cabinet Directive No. 35 require Deputy Ministers, in the hiring process, to satisfy themselves that successful candidates are acceptable security risks. Deputy Ministers also have the ability to deny security clearances to candidates based on the CSIS reports they receive. It is only where a candidate has proved to the Committee that the CSIS report contains spurious or unfounded allegations, as in this case, and the Committee recommends that the clearance

En outre, le fait de statuer qu'un sous-ministre peut refuser une habilitation de sécurité malgré un rapport réfutant les prétentions du SCRS et une recommandation favorable du comité, signifierait que le plaignant serait le seul fonctionnaire auquel un emploi ou une promotion pourrait être refusé sans que ne lui soit accordée quelque possibilité d'obtenir un redressement quant au préjudice subi. L'avocat de l'appelante l'a d'ailleurs admis au cours de l'audience tenue par notre Cour et voici ce qu'il a répondu lorsqu'on lui a demandé si un plaignant avait, en fait, quelque recours suivant son interprétation de la Loi:

[TRADUCTION] Il n'a aucun recours au sens où il ne peut faire valoir d'arguments lui conférant le droit d'obtenir une habilitation de sécurité. Son recours se limite, comme l'a fait remarquer le juge La Forest, à la possibilité de connaître les motifs pour lesquels l'habilitation [de sécurité] lui a été refusée.

Dans le contexte actuel des relations de travail, il est difficile de croire que le législateur ait pu avoir l'intention de limiter ainsi les droits du plaignant.

Enfin, je ne partage pas l'avis de mon collègue, le juge Cory, qui estime que la décision finale concernant l'habilitation de sécurité appartient au sous-ministre parce que ce dernier est responsable de la sécurité générale de son ministère.

En raison du mode de recrutement applicable, le sous-ministre a le pouvoir discrétionnaire de rejeter toute candidature qui ne lui convient pas dès la première étape de la sélection, sans avoir à donner quelque motif que ce soit. En fait, les dispositions de la directive du Cabinet n° 35 exigent des sous-ministres, à l'occasion du recrutement, qu'ils s'assurent que les personnes dont la candidature est retenue présentent un risque acceptable pour la sécurité. Un sous-ministre peut également refuser une habilitation de sécurité en s'appuyant sur le rapport que lui remet le SCRS relativement à un candidat. C'est uniquement lorsqu'un candidat convainc le comité que le rapport du SCRS renferme des données inexactes et sans fondement, comme c'est le cas en l'espèce, et que le comité recommande d'accorder l'habilitation de sécurité, que le sous-ministre doit retenir la candidature en

be granted, that the Deputy Minister must accept the candidate. As Stone J.A. wrote at pp. 138-39:

Obviously, the purpose of the Act goes well beyond that of protecting the individual interest in obtaining a security clearance, for it is primarily directed toward protecting the national interest in matters of security generally. On the other hand, the "complaints" procedure under Part III appears to take that objective into account by ensuring, especially by the composition and powers of the intervenant and the requirement for secrecy, that this interest not be sacrificed. The Act evidently reflects a careful balancing of the two interests. It does not address itself directly to the manner in which the initial decision to deny a clearance is to be made, entering the picture only subsequent to that decision and then only after a "complaint" has been lodged. At that point, in my view, the question whether a clearance was rightfully denied is taken away from a deputy head, and is thereafter committed to the determination of the intervenant acting in accordance with the procedures laid down by the Act including the full opportunity of the deputy head to defend his decision and of CSIS to defend its advice to the deputy head. I am satisfied that the entire basis for the denial is thus opened to investigation including any subjective assessment of the complainant's reliability that may be required. As I see it, a deputy head is not entitled, so to speak, to "re-make" a decision he has already rendered after the matter has become the subject of a "complaint" and a "recommendation". [Emphasis added.]

I agree with Stone J.A. that the Deputy Minister loses the discretion to refuse a security clearance where the initial decision to withhold it was based on an erroneous CSIS report. To conclude otherwise would imply that a candidate's employment chances might be irreparably damaged by the misconduct or mistake of the investigating agency, and that he can have no hope of redress. As for the spectre of the Deputy Minister's ultimate responsibility, this would certainly not be the only situation in which an official would be held accountable for a problem which resulted from acting on another body's directives.

Exercise of Discretion

In view of this analysis, once the Committee has conducted its investigation, a deputy minister does

cause, comme l'exprime le juge Stone, aux pp. 138 et 139:

Évidemment, le but de la Loi va bien au-delà de la protection de l'intérêt individuel dans le processus d'obtention d'une habilitation de sécurité. Son but premier est, en effet, de protéger l'intérêt national sur le plan général de la sécurité. Témoinne d'ailleurs de cet objectif la procédure de «plaintes» de la Partie III, particulièrement les dispositions concernant la composition et les pouvoirs de l'intervenant, de même que l'exigence du secret, qui vise à ce que l'intérêt national ne soit pas sacrifié. En fait, le texte se veut le reflet d'un juste équilibre entre ces deux intérêts. La procédure prescrite ne concerne pas la façon dont doit être prise la décision initiale de refuser une habilitation; elle n'entre en jeu qu'une fois cette décision rendue et encore seulement après le dépôt d'une «plainte». C'est à ce stade, à mon avis, que la question de juger du bien-fondé d'un refus cesse de relever de l'administrateur général pour tomber sous la juridiction de l'intervenant, lequel doit notamment, en conformité avec la procédure établie par la Loi, donner à l'administrateur général la pleine faculté de défendre sa décision et au SCRS, celle de défendre l'avis qu'il lui a donné. Je suis convaincu que l'enquête peut ainsi porter sur tous les motifs du refus, y compris toute appréciation subjective de la fiabilité du plaignant. D'après moi, l'administrateur général n'est, par conséquent, pas habilité à «re-prendre», pour ainsi dire, une décision déjà prise, une fois que l'affaire a fait l'objet d'une «plainte» puis d'une «recommandation». [Je souligne.]

Je souscris à l'opinion du juge Stone selon laquelle le sous-ministre perd la faculté de refuser l'habilitation de sécurité lorsque la décision initiale de refuser celle-ci était fondée sur un rapport inexact du SCRS. S'il n'en était pas ainsi, le candidat pourrait voir ses chances d'emploi irrémédiablement compromises par la faute ou l'erreur de l'organisme d'enquête et il pourrait alors être dépourvu de tout recours. En ce qui concerne la responsabilité ultime du sous-ministre, ce ne serait certainement pas la première fois qu'un agent de la Couronne serait tenu responsable d'un problème imputable à des mesures fondées sur des directives provenant d'un autre organisme.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire

Compte tenu de l'analyse qui précède, une fois que le comité a effectué son enquête, le sous-

not retain discretion to deny a security clearance against its recommendations. However, even if the Deputy Minister did have such discretion, I would still be of the opinion that the appeal should be dismissed on the grounds that he did not exercise that discretion properly in this case.

In the English case of *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997, the House of Lords ordered the Minister to send a case to the review committee set up by Parliament to investigate complaints. It held that, although the Minister could reject complaints which were frivolous or groundless, he could not use his discretion to defeat the purposes of the legislation. In the words of Lord Reid at p. 1030:

Parliament must have conferred the discretion with the intention that it should be used to promote the policy and objects of the Act; the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court. In a matter of this kind it is not possible to draw a hard and fast line, but if the Minister, by reason of his having misconstrued the Act or for any other reason, so uses his discretion as to thwart or run counter to the policy and objects of the Act, then our law would be very defective if persons aggrieved were not entitled to the protection of the court.

The CSIS Review Committee was established for various reasons. Its most important role is probably that of a watchdog agency over the Service, and its reports serve to alert the public of CSIS's misdoings and errors. But the Committee also functions as the only means of redress available to a candidate whose employment has been blocked by a flawed CSIS report. It is doubtful that Parliament would have set up this elaborate structure for review if a deputy minister could lightly disregard its findings and rely upon the original and mistaken CSIS report to make his or her decision.

ministre n'a plus le pouvoir discrétionnaire de refuser l'habilitation de sécurité en faisant fi des recommandations du comité. Toutefois, même si le sous-ministre demeurerait investi d'un tel pouvoir discrétionnaire, je rejetterais tout de même le pourvoi pour le motif que ce pouvoir n'a pas été exercé adéquatement en l'espèce.

Dans l'arrêt britannique *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997, la Chambre des lords a ordonné au ministre de renvoyer l'affaire au comité de surveillance mis sur pied par le législateur pour mener des enquêtes relativement à des plaintes. Le tribunal a statué que, même s'il pouvait rejeter une plainte frivole ou sans fondement, le ministre ne pouvait recourir à son pouvoir discrétionnaire à l'encontre des objets de la loi. Voici l'opinion exprimée par lord Reed à la p. 1030:

[TRADUCTION] Le Parlement a dû attribuer ce pouvoir discrétionnaire avec l'intention qu'il soit exercé pour promouvoir la politique et les objets de la Loi. La politique et les objets de la Loi doivent être déterminés en interprétant la Loi dans son ensemble et l'interprétation est toujours une question de droit pour la cour. Dans une affaire semblable, il n'est pas possible de fixer des limites précises et inflexibles, mais si le ministre, parce qu'il a mal interprété la Loi ou pour toute autre raison, exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à contrecarrer la politique ou les objets de la Loi ou à aller à l'encontre de ceux-ci, alors notre droit accuserait une grave lacune si les personnes qui en subissaient des préjudices n'avaient pas droit à la protection de la Cour.

Le comité a été mis sur pied pour divers motifs. Son principal rôle est probablement celui de chien de garde du SCRS, et ses rapports visent à rendre publiques les bavures et les erreurs du SCRS. Or, c'est auprès de ce comité que les personnes auxquelles on a refusé un emploi sur le fondement d'un rapport inexact du SCRS peuvent exercer le seul recours dont elles disposent. Il est impensable que le législateur ait établi une procédure d'enquête aussi élaborée tout en permettant qu'un sous-ministre puisse, à son gré, écarter les conclusions du comité et s'en remettre au rapport initial erroné du SCRS pour prendre sa décision.

In this case, however, the Deputy Minister admits that he made his decision to disregard the Committee's recommendations primarily on the strength of the original CSIS report. Cory J. contends that the letter sent by J.-J. Noreau to Mr. Jewitt on June 4, 1986 shows that the Deputy Minister considered the recommendations of the Committee before he made his decision to uphold the denial of the security clearance. In his view, the affidavit sworn by the Deputy Minister dated September 5, 1986 confirms that he based his final decision on both the initial CSIS report and the Committee report.

In my opinion, however, neither the letter nor the affidavit show that the Deputy Minister exercised his discretion properly under the test in *Padfield, supra*. The very brief letter reads as follows:

Dear Mr Jewitt:

I refer to your letter of May 16, 1986, concerning the recommendation made in the Security Intelligence Review Committee's report of April 9, 1985, pursuant to your client's complaint under section 42 of the Canadian Security Intelligence Service Act.

I wish to advise that the decision to deny security clearance is maintained.

Yours sincerely,

Jean-Jacques Noreau

Accordingly, the Deputy Minister in no way indicated in the letter why or on what basis he decided to defy the recommendations. In fact, his allusion to the Committee's report in the context is simply confusing, since the respondent would have expected a decision to grant the security clearance in light of its recommendations.

As for the affidavit, in paragraph 19 of his statement, Mr. Noreau attested that he decided to refuse the clearance after considering the "report from the Canadian Security Intelligence Service, even as

Cependant, dans la présente affaire, le sous-ministre reconnaît avoir décidé de ne pas tenir compte des recommandations du comité en se fondant essentiellement sur le rapport initial du SCRS. Le juge Cory est d'avis que la lettre de J.-J. Noreau à M. Jewitt en date du 4 juin 1986 montre que le sous-ministre a pris en considération les recommandations du comité avant de maintenir sa décision de refuser l'habilitation. Selon lui, l'affidavit du sous-ministre, en date du 5 septembre 1986, confirme que sa décision finale était fondée à la fois sur le rapport initial du SCRS et le rapport du comité.

J'estime, pour ma part, que ni la lettre ni l'affidavit ne démontrent que le sous-ministre a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire, selon le critère établi dans l'arrêt *Padfield*, précité. Voici le texte de cette lettre très brève:

[TRADUCTION]

Monsieur,

La présente fait suite à votre lettre du 16 mai 1986 concernant la recommandation formulée par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité dans son rapport du 9 avril 1985, relativement à la plainte présentée par votre client en application de l'art. 42 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité.

Je tiens à vous informer que la décision de refuser l'habilitation de sécurité est maintenue.

Veillez recevoir, Monsieur, mes salutations distinguées.

Jean-Jacques Noreau

Le sous-ministre n'indique donc aucunement dans sa lettre la raison ou le fondement de sa décision de ne pas tenir compte des recommandations. En fait, l'allusion qu'il fait au rapport du comité dans ce contexte porte à confusion puisque l'intimé se serait attendu, vu les recommandations qu'il contenait, à une décision lui accordant l'habilitation.

Pour ce qui est de l'affidavit, M. Noreau atteste, au paragraphe 19 de sa déclaration, qu'il a décidé de refuser l'habilitation après avoir examiné [TRADUCTION] «le rapport du Service canadien du ren-

commented upon or explained in the said report from the Security Intelligence Review Committee” and in paragraph 20, he said: “There was nothing in either the report by the Canadian Security Intelligence Service or in the report by the Security Intelligence Review Committee to resolve my doubts” (emphasis added). These statements indicate to me that, at best, the Deputy Minister placed an equal value on the CSIS report and the Committee recommendations. In fact, since the Committee’s findings served to correct and revise the CSIS report, the Deputy Minister should have relied almost exclusively on them, rather than the erroneous CSIS allegations.

The Deputy Minister was also obliged to act in accordance with the principles of natural justice. As Le Dain J. wrote in *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 659:

The issue then is what did procedural fairness require of the Director in exercising his authority, pursuant to s. 40 of the *Penitentiary Service Regulations*, to continue the administrative dissociation or segregation of the appellants, despite the recommendation of the Board, if he was satisfied that it was necessary or desirable for the maintenance of good order and discipline in the institution. I agree with McEachern C.J.S.C. and Anderson J.A. that because of the serious effect of the Director’s decision on the appellants, procedural fairness required that he inform them of the reasons for his intended decision and give them an opportunity, however informal, to make representations to him concerning these reasons and the general question whether it was necessary or desirable to continue their segregation for the maintenance of good order and discipline in the institution. [Emphasis added.]

See also *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311.

In *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, the majority of this Court held that a school board had a duty to comply with the rules of procedural fairness in dis-

seignement de sécurité, et même les commentaires que formule à son égard ou les explications que fournit le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité dans son propre rapport» et dit, au paragraphe 20, [TRADUCTION] «Rien dans le rapport du Service canadien du renseignement de sécurité ni dans celui du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité ne vient dissiper mes doutes» (je souligne). Ces déclarations indiquent, au mieux, que le sous-ministre a donné le même poids au rapport du SCRS et aux recommandations du comité. En fait, comme les conclusions du comité ont apporté des corrections et des modifications au rapport du SCRS, le sous-ministre aurait dû s’appuyer presque exclusivement sur ces conclusions plutôt que sur les allégations erronées du SCRS.

Le sous-ministre était également tenu d’agir en conformité avec les principes de justice naturelle. À ce sujet, le juge Le Dain écrivait dans *Cardinal c. Directeur de l’établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 659:

La question est donc de savoir ce que l’équité dans la procédure exigeait du directeur dans l’exercice de son pouvoir, en application de l’art. 40 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, de maintenir la ségrégation ou l’isolement administratifs des appelants, malgré la recommandation du Conseil, s’il était convaincu qu’elle était nécessaire ou souhaitable pour le maintien du bon ordre et de la discipline dans l’établissement. Je suis d’accord avec le juge en chef McEachern et le juge Anderson de la Cour d’appel qu’à cause des effets graves de la décision du directeur pour les appelants, l’équité dans la procédure exigeait qu’il leur fasse connaître les motifs de sa décision prochaine et leur donne la possibilité, même de façon informelle, de lui présenter des arguments relatifs à ces motifs et à la question générale de savoir s’il était nécessaire ou souhaitable de maintenir leur ségrégation pour assurer l’ordre et la discipline dans l’établissement. [Je souligne.]

Voir également l’arrêt *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311.

Dans *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, la majorité des juges de notre Cour a statué qu’un conseil scolaire avait l’obligation de se conformer aux règles de l’équité

missing an employee because of the final and specific nature of the decision, the nature of the employer-employee relationship, and the effect of the decision on the individual's rights. With respect to this last point, we held at p. 677:

Various courts have recognized that the loss of employment against the office holder's will is a significant decision that could justify imposing a duty to act fairly on the administrative decision-making body.

Aside from the serious impact that dismissal usually has upon an individual, the Court found, at p. 674, that there were practical reasons for requiring procedural fairness, even if this meant abandoning old classifications between the office held at pleasure and other types of employment:

The justification for granting to the holder of an office at pleasure the right to procedural fairness is that, whether or not just cause is necessary to terminate the employment, fairness dictates that the administrative body making the decision be cognizant of all relevant circumstances surrounding the employment and its termination One person capable of providing the administrative body with important insights into the situation is the office holder himself To grant [the right to be heard] to the holder of an office at pleasure would not import into the termination decision the necessity to show just cause, but would only require the administrative body to give the office holder reasons for the dismissal and an opportunity to be heard.

My colleague Cory J. maintains that the requirements of procedural fairness set out in *Cardinal, supra*, were met in this case because the respondent was apprised of the original reasons for the denial of the security clearance in the document issued by the Committee before its hearing entitled "Statement of Circumstances Giving Rise to the Denial of a Security Clearance to Robert Thomson by the Deputy Head of Agriculture Canada". As well, the respondent got a full opportunity to respond to the CSIS allegations in the hearing

procédurale à l'occasion du congédiement d'un employé, en raison de la nature définitive et particulière de la décision, de la nature de la relation entre employeur et employé et de l'effet de cette décision sur les droits du particulier. Sur ce dernier point, la Cour a opiné à la p. 677:

Plusieurs tribunaux ont reconnu qu'une décision privant une personne de son emploi contre son gré est une décision importante pouvant justifier l'imposition à l'organisme administratif qui la prend de l'obligation d'agir équitablement.

Outre les conséquences importantes qu'a habituellement le congédiement sur la personne qui en fait l'objet, la Cour a conclu, à la p. 674, que des motifs d'ordre pratique justifiaient l'application des principes d'équité procédurale, même s'il en résultait que la distinction traditionnelle entre les charges occupées selon bon plaisir et les autres était mise de côté:

Si le droit à l'équité procédurale est accordé au titulaire d'une charge selon bon plaisir, cela se justifie par le fait que, peu importe qu'un motif valable de congédiement soit nécessaire ou non, l'équité exige que l'organisme administratif qui prend la décision soit au courant de toutes les circonstances pertinentes de l'emploi et de sa cessation [. . .] La personne qui est en mesure de fournir à l'organisme administratif d'importants éclaircissements sur la situation est le titulaire de la charge lui-même. [. . .] Accorder ce droit [d'être entendu] au titulaire d'une charge selon bon plaisir ne reviendrait pas à assujettir la décision de le congédier à l'obligation d'établir un motif valable; ce serait simplement exiger que l'organisme administratif donne au titulaire de la charge les raisons de son renvoi et lui permette de se faire entendre.

Mon collègue, le juge Cory, maintient que les exigences de l'équité procédurale énoncées dans l'arrêt *Cardinal*, précité, ont été respectées en l'espèce puisque l'intimé a été informé des raisons initiales du refus de l'habilitation par le document communiqué par le comité avant l'audience et intitulé [TRADUCTION] «Résumé des circonstances qui ont donné lieu au refus d'une habilitation de sécurité à Robert Thomson par l'administrateur général d'Agriculture Canada». L'intimé a eu la possibilité de réfuter les allégations du SCRS au cours de

before the Committee. Thus, in Cory J.'s opinion, the respondent got both notice and fair hearing.

I cannot agree. The facts in the present case closely parallel those in *Cardinal*, which stands for the principle that the ultimate decision-maker must give the subject of his or her decision a chance to be heard, and the reasons for the final decision. In that case, based on the report that he received from another institution about transferred prisoners' participation in a riot, the Director of Kent Institution made a segregation order. This order was reviewed by the Segregation Review Board, which recommended that the order be lifted. The Director refused, without giving the prisoners either a further opportunity to make representations or informing them of the basis for his decision to override the recommendations. In striking down the order, Le Dain J. wrote for the unanimous Court at p. 659, following the passage which I quoted, *supra*:

With great respect, I do not think it is an answer to the requirement of notice and hearing by the Director . . . that the appellants knew as a result of their appearance before the Segregation Review Board why they had been placed in segregation. They were entitled to know why the Director did not intend to act in accordance with the recommendation of the Board and to have an opportunity before him to state their case for release into the general population of the institution. [Emphasis added.]

Similarly, in the case at bar, the Deputy Minister initially denied the security clearance based on information from a third party, CSIS. This decision was appealed to the Committee, which recommended that it be reversed. The Deputy Minister refused, without giving the respondent a further opportunity to make representations or informing him in a meaningful way of the reasons for his decision. He stated at paragraph 20 of his affidavit of September 5, 1986, that he saw "no point" in meeting with the respondent because he had already made representations to the Committee.

l'audience tenue par le comité. Selon le juge Cory, l'intimé a donc reçu un avis approprié et a bénéficié d'une audience équitable.

Je ne suis pas d'accord. Les faits en l'espèce sont très près de ceux de l'affaire *Cardinal*, qui affirme le principe selon lequel la personne qui prend la décision finale doit donner à la personne visée par sa décision la possibilité de se faire entendre et les motifs de sa décision. Dans cette affaire, le directeur de l'établissement Kent, se fondant sur un rapport communiqué par un autre établissement concernant la participation de prisonniers transférés à une prise d'otages, avait ordonné leur mise en ségrégation. Cette ordonnance avait été soumise au Conseil d'examen des cas de ségrégation, qui en avait ordonné la levée. Le directeur avait refusé, sans avoir donné aux prisonniers la possibilité de présenter des arguments et sans les avoir informés du fondement de sa décision de passer outre aux recommandations. Notre Cour, à l'unanimité, a annulé l'ordonnance et le juge Le Dain, qui a rédigé les motifs, écrit ceci, à la p. 659, dans un passage qui suit l'extrait cité plus haut:

Avec égards, je ne crois pas que l'on ait satisfait à l'exigence d'avis et d'audition incombant au directeur [. . .] parce que les appelants savaient par suite de leur comparution devant le Conseil d'examen des cas de ségrégation pourquoi ils avaient été mis en ségrégation. Ils avaient le droit de savoir pourquoi le directeur n'avait pas l'intention de suivre la recommandation du Conseil et d'avoir la possibilité d'exposer devant lui leurs arguments en faveur de leur réintégration dans la population générale de l'établissement. [Je souligne.]

De la même manière, en l'espèce, le sous-ministre a d'abord refusé l'habilitation de sécurité sur le fondement de renseignements fournis par un tiers, le SCRS. Cette décision a été portée en appel devant le comité, qui a recommandé qu'elle soit infirmée. Le sous-ministre a refusé, sans donner à l'intimé une autre possibilité de présenter des arguments et sans l'informer suffisamment des motifs de sa décision. Il a déclaré au paragraphe 20 de son affidavit du 5 septembre 1986 qu'il ne voyait [TRA-DUCTION] «aucune raison» de rencontrer l'intimé puisque celui-ci avait déjà présenté ses arguments au comité.

But the Deputy Minister's belief, however sincerely held, that the respondent would not be able to add anything or persuade him is not sufficient to satisfy the requirements of natural justice. The Deputy Minister still had a duty to give the respondent some opportunity to respond. Furthermore, as I have already noted, the letter he sent to the respondent's lawyer (over a year after the Committee issued its recommendations, and only on the persistent demands of Mr. Jewitt) was inadequate in terms of informing the respondent of the basis of his decision.

The Deputy Minister's decision to withhold the security clearance must accordingly be set aside. As the Court concluded in *Cardinal* at p. 661:

... the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

For these reasons I am of the opinion that by his failure to afford the appellants a fair hearing on the question whether he should act in accordance with the recommendation of the Segregation Review Board that they be released from administrative segregation into the general population of the institution, the Director rendered the continued segregation of the appellants unlawful [Emphasis added.]

Conclusion

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Toutefois, la croyance du sous-ministre, si sincère soit-elle, que l'intimé ne serait pas en mesure d'ajouter quoi que ce soit ou de le persuader ne suffisait pas pour qu'il soit satisfait aux exigences de la justice naturelle. Le sous-ministre avait encore l'obligation de donner à l'intimé la possibilité de répondre. De plus, comme je l'ai déjà souligné, la lettre envoyée à l'avocat de l'intimé (plus d'un an après que le comité eut fait ses recommandations et à la suite seulement de demandes persistantes de M. Jewitt) était inadéquate, en ce qu'elle ne donnait pas à l'intimé suffisamment de renseignements sur le fondement de la décision.

La décision du sous-ministre de refuser l'habilitation de sécurité doit donc être annulée. Je reprends la conclusion suivante dans l'arrêt *Cardinal* de notre Cour, à la p. 661:

... la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'en omettant d'offrir aux appelants une audition équitable sur la question de savoir s'il devrait suivre la recommandation du Conseil d'examen des cas de ségrégation de lever leur ségrégation administrative et de les réintégrer dans la population générale de l'établissement, le directeur a rendu illégal le maintien de la ségrégation des appelants. Ils avaient donc droit, en vertu d'un bref d'*habeas corpus*, à la levée de leur ségrégation ou isolement administratifs et à leur réintégration dans la population générale du pénitencier. [Je souligne.]

Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissident.

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

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

*Solicitors for the respondent: Nelligan/Power,
Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Nelligan/Power,
Ottawa.*

*Solicitors for the intervener: Noël, Berthiaume,
Aubry, Hull.*

^a

*Procureurs de l'intervenant: Noël, Berthiaume,
Aubry, Hull.*

Services de santé du Québec *Appellant*

v.

Communauté urbaine de Québec and City of Sainte-Foy *Respondents*

and

Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec *Mis en cause*

INDEXED AS: QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) v. SERVICES DE SANTÉ DU QUÉBEC

File No.: 21733.

1991: December 5; 1992: February 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Appeal — Incidental appeal — Appearance and declaration of incidental appeal filed with trial court office instead of Appeal Office — Motion for special leave to file appearance and declaration with Appeal Office made to Court of Appeal two years after trial judgment — Whether arts. 2 and 502 C.C.P. applicable — If not, whether Court of Appeal could exercise its discretionary power under art. 523 C.C.P. to correct defect in inscription of incidental appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 494, 499, 500, 502, 523.

In September 1987 the respondents appealed a judgment of the Provincial Court by filing an inscription in appeal, pursuant to art. 495 C.C.P., in the office of that court. A few days later, the appellant served on the respondents a document entitled "appearance and incidental appeal", which it also filed in the office of the Provincial Court. In August 1989 the appellant made a motion before the Court of Appeal for special leave to file its appearance and declaration of incidental appeal alleging, *inter alia*, that the office of the Provincial Court had failed to forward the appearance and declaration received in October 1987 to the office of the Court of Appeal. The majority of the Court of Appeal dismissed the motion. The court found that under arts. 499

Services de santé du Québec *Appelante*

c.

^a Communauté urbaine de Québec et la ville de Sainte-Foy *Intimées*

et

^b

Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec *Mis en cause*

^c RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) c. SERVICES DE SANTÉ DU QUÉBEC

N^o du greffe: 21733.

1991: 5 décembre; 1992: 13 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e

Procédure civile — Appel — Appel incident — Comparution et déclaration de l'appel incident déposées au greffe de la cour de première instance au lieu du greffe des appels — Requête pour permission spéciale de produire la comparution et la déclaration au greffe des appels présentée à la Cour d'appel deux ans après le jugement de première instance — Les articles 2 et 502 C.p.c. sont-ils applicables en l'espèce? — Dans la négative, la Cour d'appel pouvait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 523 C.p.c. pour corriger le défaut dans l'inscription de l'appel incident? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 494, 499, 500, 502, 523.

^h En septembre 1987, les intimées ont interjeté appel d'un jugement de la Cour provinciale en déposant, comme le prévoit l'art. 495 C.p.c., une inscription en appel au greffe de cette cour. Quelques jours plus tard, l'appelante a signifié aux intimées une procédure intitulée «Comparution et appel incident» qu'elle a également déposée au greffe de la Cour provinciale. En août 1989, l'appelante a présenté devant la Cour d'appel une requête en vue d'obtenir une permission spéciale pour produire sa comparution et déclaration de l'appel incident alléguant, entre autres, que le greffe de la Cour provinciale avait négligé de transmettre au greffe de la Cour d'appel la comparution et la déclaration déposées en octobre 1987. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté

and 500 *C.C.P.* the declaration of incidental appeal and the appearance should have been filed in the office of the Court of Appeal, not the trial court office. Since over six months had elapsed since the Provincial Court's judgment, the Court of Appeal concluded that it had no power by which it could extend the appeal deadline under art. 523 *C.C.P.*

In this Court the appellant argued principally that under the *Code of Civil Procedure* provisions applicable to incidental appeals, it was entitled to file its appearance and declaration of incidental appeal with the office of the Provincial Court and it was the duty of the clerk of that court to forward the proceeding to the office of the Court of Appeal. In the alternative, the appellant argued that, if an error was made, it was neither material nor jurisdictional, but purely procedural in nature. The Court of Appeal thus had the power under arts. 2, 502 and 523 *C.C.P.* to correct the irregularity.

Held: The appeal should be allowed.

The appearance and declaration of incidental appeal should have been filed with the office of the Court of Appeal. Although art. 500 *C.C.P.* does not say where an incidental appeal must be brought, art. 499 *C.C.P.* provides that an appearance on appeal must be filed at the "Appeal Office". It would be incongruous for the appearance and the declaration, which under art. 500 must be filed "at the same time", to be filed in two different places. The practice in Quebec has consistently been that the declaration of incidental appeal is filed at the Appeal Office. Simple logic requires that the appearance and the declaration be filed where the inscription in appeal and record are located. The appellant accordingly erred in filing its appearance and declaration with the trial court office. As the inscription in appeal was not "duly served and filed", art. 502 *C.C.P.* is not applicable here.

The Court of Appeal erred in interpreting art. 523 *C.C.P.* so as to deprive the appellant of its right of incidental appeal. That article confers on the Court of Appeal a broad discretionary power enabling it to "make any order necessary to safeguard the rights of the parties". Apart from the exceptions relating to arts. 494 and 198.1, this general rule must be given a broad and liberal interpretation. Since art. 500 *C.C.P.*, which governs the bringing of an incidental appeal, is not within the exceptions provided for in art. 523, the Court of Appeal had the power to exercise its discretion to correct the

cette requête. La cour a constaté qu'en vertu des art. 499 et 500 *C.p.c.* la déclaration de l'appel incident et la comparution auraient dû être produites au greffe de la Cour d'appel, et non au greffe du tribunal de première instance. Puisque plus de six mois s'étaient écoulés depuis le jugement de la Cour provinciale, la Cour d'appel a conclu qu'elle ne possédait aucun pouvoir lui permettant de proroger le délai d'appel en vertu de l'art. 523 *C.p.c.*

Devant notre Cour, l'appelante a soutenu principalement qu'en vertu des dispositions du *Code de procédure civile* applicables à l'appel incident, elle avait le droit de déposer sa comparution et la déclaration de l'appel incident au greffe de la Cour provinciale et qu'il appartenait au greffier de cette cour de transmettre la procédure au greffe de la Cour d'appel. Comme argument subsidiaire, l'appelante a prétendu que, s'il y avait eu erreur, cette erreur n'était ni matérielle ni juridictionnelle mais de nature purement procédurale. La Cour d'appel avait donc le pouvoir de corriger cette simple irrégularité en vertu des art. 2, 502 et 523 *C.p.c.*

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La comparution et la déclaration de l'appel incident auraient dû être déposées au greffe de la Cour d'appel. Bien que l'art. 500 *C.p.c.* soit silencieux quant à l'endroit où doit être formé l'appel incident, l'art. 499 *C.p.c.* prévoit que la comparution en appel doit se faire au «greffe des appels». Il serait étrange que la comparution et la déclaration, qui doivent selon l'art. 500 être produites «en même temps», le soient à deux endroits différents. La pratique constante au Québec a toujours voulu que la déclaration de l'appel incident soit déposée au greffe des appels. En effet, la simple logique demande que la comparution et la déclaration soient produites là où l'inscription en appel et le dossier se retrouvent. C'est donc à tort que l'appelante a déposé sa comparution et sa déclaration au greffe de la cour de première instance. Puisque l'inscription en appel n'a pas été «dûment signifiée et déposée», l'art. 502 *C.p.c.* est inapplicable en l'espèce.

La Cour d'appel a erré en interprétant l'art. 523 *C.p.c.* de manière à priver l'appelante de son droit d'appel incident. Cet article confère à la Cour d'appel un large pouvoir discrétionnaire qui lui permet de «rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties». Sauf les exceptions relatives aux art. 494 et 198.1, cette règle générale doit recevoir une interprétation large et libérale. Puisque l'art. 500 *C.p.c.*, qui régit la formation de l'appel incident, ne fait pas partie des exceptions prévues à l'art. 523, la Cour d'appel avait donc le pouvoir d'exercer sa discrétion pour corriger l'erreur procéd-

procedural error made by the appellant, even though over six months had elapsed since the date of the Provincial Court judgment. Although an incidental appeal is an appeal, the rules applicable are not the same as those governing principal appeals. Unlike the time limits specified for a principal appeal in art. 494 C.C.P., the time limit for filing an incidental appeal is neither strict nor determinative of the right of appeal. Once the principal appeal has been filed within the time limits; the Court of Appeal's jurisdiction is preserved regardless of whether or not there is an incidental appeal.

In this case, there is no good reason not to exercise in the appellant's favour the discretion provided for in art. 523. It is clear that, without the exercise of this discretion, the appellant will be deprived of its right of appeal and will suffer detriment. On the other hand, the respondents cannot claim to have suffered any prejudice. The appearance and the declaration of incidental appeal were served on them within the prescribed time limit. They were immediately made aware of the appellant's intentions and arguments. It would thus be unfair to deprive a party of its right where it is possible to rectify the consequences of an error without injustice to the opposing party. Furthermore, the respondents are not arguing that this incidental appeal is frivolous.

Cases Cited

Referred to: *Hamel v. Brunelle*, [1977] 1 S.C.R. 147; *Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 S.C.R. 1132; *Bowen v. City of Montreal*, [1979] 1 S.C.R. 511; *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 516; *St-Hilaire v. Bégin*, [1981] 2 S.C.R. 79; *Cégep André Laurendeau v. Adanox Ltée*, [1982] C.A. 253; *Microlab Inc. v. Dauphin*, [1983] C.A. 269; *Béland v. Scott*, [1983] R.D.J. 456; *Longmoor Building Co. (Quebec) Ltd. v. Main Plumbing & Heating Supplies Co.*, [1984] C.A. 82; *Nelson International of Canada Ltd. v. Béton Provincial Ltée*, [1984] C.A. 260; *Saratoga Construction Ltée v. Horne*, [1984] R.D.J. 352; *Junk v. Schellwald*, [1986] R.D.J. 608; *Hansford v. Létourneau* (1987), 5 Q.A.C. 193; *Gersten v. Luxenberg*, [1987] R.J.Q. 533; *Prévoyants du Canada, Assurance générale v. Marcotte*, [1986] R.D.J. 137; *Cousineau v. Le Bihan*, [1967] Que. Q.B. 945; *Emblem Investments Ltd. v. Moretti*, [1969] Que. Q.B. 977; *Frères des Écoles Chrétiennes de Montréal v. DuMesnil*, [1973] C.A. 264; *Ville de Villeneuve v. Drapeau*, [1975] R.P. 309; *Sauvé Construction Ltée v. Langsner-Fuhrer Inc.*, [1976] R.P. 39; *Société immobilière du Canada (Vieux-Port de Québec) Inc. v. Éole II Inc.*, [1987] R.D.J. 605.

durale commise par l'appelante, même si plus de six mois s'étaient écoulés depuis la date du jugement de la Cour provinciale. Bien qu'un appel incident soit un appel, les règles applicables ne sont toutefois pas identiques à celles de l'appel principal. Contrairement aux délais prévus à l'art. 494 C.p.c. pour l'appel principal, le délai pour interjeter un appel incident n'est ni de rigueur ni de déchéance. Une fois l'appel principal interjeté dans les délais, la juridiction de la Cour d'appel est acquise, peu importe qu'il y ait ou non un appel incident.

En l'espèce, il n'existe aucun motif valable de refuser d'exercer la discrétion prévue à l'art. 523 en faveur de l'appelante. Il est clair que, sans l'exercice de cette discrétion, l'appelante sera privée de son droit d'appel et subira un préjudice. Par contre, les intimées ne sauraient prétendre à un préjudice quelconque. La comparaison et la déclaration de l'appel incident leur ont été signifiées dans le délai prescrit. Elles étaient au courant dès lors des intentions de l'appelante et de ses prétentions. Il serait donc injuste de priver une partie de son droit lorsqu'il est possible de remédier aux conséquences d'une erreur sans injustice à l'égard de la partie adverse. De plus, les intimées ne prétendent pas qu'il s'agit d'un appel incident futile.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147; *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132; *Bowen c. Ville de Montréal*, [1979] 1 R.C.S. 511; *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516; *St-Hilaire c. Bégin*, [1981] 2 R.C.S. 79; *Cégep André Laurendeau c. Adanox Ltée*, [1982] C.A. 253; *Microlab Inc. c. Dauphin*, [1983] C.A. 269; *Béland c. Scott*, [1983] R.D.J. 456; *Longmoor Building Co. (Quebec) Ltd. c. Main Plumbing & Heating Supplies Co.*, [1984] C.A. 82; *Nelson International of Canada Ltd. c. Béton Provincial Ltée*, [1984] C.A. 260; *Saratoga Construction Ltée c. Horne*, [1984] R.D.J. 352; *Junk c. Schellwald*, [1986] R.D.J. 608; *Hansford c. Létourneau* (1987), 5 Q.A.C. 193; *Gersten c. Luxenberg*, [1987] R.J.Q. 533; *Prévoyants du Canada, Assurance générale c. Marcotte*, [1986] R.D.J. 137; *Cousineau c. Le Bihan*, [1967] B.R. 945; *Emblem Investments Ltd. c. Moretti*, [1969] B.R. 977; *Frères des Écoles Chrétiennes de Montréal c. DuMesnil*, [1973] C.A. 264; *Ville de Villeneuve c. Drapeau*, [1975] R.P. 309; *Sauvé Construction Ltée c. Langsner-Fuhrer Inc.*, [1976] R.P. 39; *Société immobilière du Canada (Vieux-Port de Québec) Inc. c. Éole II Inc.*, [1987] R.D.J. 605.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 2, 198.1 [ad. 1985, c. 29, s. 9], 494 [am. 1982, c. 32, s. 35; am. 1983, c. 28, s. 19; am. 1989, c. 41, s. 1], 495 [am. 1979, c. 37, s. 16], 498 [repl. *idem*, s. 19], 499 [repl. 1982, c. 32, s. 37; am. 1989, c. 41, s. 2], 500 [repl. 1979, c. 37, s. 20], 502, 523 [am. 1985, c. 29, s. 11].

Code of Civil Procedure of the Province of Quebec (1897), art. 1248.

Authors Cited

Quebec. Legislative Assembly of Quebec. *Bill 20: Code of Civil Procedure*. Québec: Queen's Printer, 1965. ^c

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal,* dismissing the appellant's motion for special leave to file its appearance and declaration of incidental appeal. Appeal allowed. ^d

Pierre Delisle, Q.C., and *Jacques Flynn, Q.C.*, for the appellant. ^e

Viateur Bergeron, Q.C., for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by ^f

L'HEUREUX-DUBÉ J.—In a case involving municipal evaluation, the Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec rendered a decision on April 29, 1986, in favour of the appellant, with respect to its complaints about the municipal assessment of immovable properties owned by the appellant in the city of Sainte-Foy for the years 1981 to 1984 inclusive. The respondents appealed to the Provincial Court (now the Court of Quebec) which, on September 1, 1987 ([1988] R.J.Q. 184), allowed the appeal in part. On September 29, 1987, the respondents brought an appeal as of right to the Quebec Court of Appeal by filing an inscription in appeal in the office of the Provincial Court, pursuant to art. 495 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. On October 5, 1987, within the time limits prescribed by art. 499 C.C.P., the appellant served on counsel for the ^g

* C.A. Québec, No. 200-09-000569-878, October 27, 1989 (Bernier, Malouf and Rothman J.J.A.).

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 2, 198.1 [aj. 1985, ch. 29, art. 9], 494 [mod. 1982, ch. 32, art. 35; mod. 1983, ch. 28, art. 19; mod. 1989, ch. 41, art. 1], 495 [mod. 1979, ch. 37, art. 16], 498 [repl. *idem*, art. 19], 499 [repl. 1982, ch. 32, art. 37; mod. 1989, ch. 41, art. 2], 500 [repl. 1979, ch. 37, art. 20], 502, 523 [mod. 1985, ch. 29, art. 11].

Code de procédure civile de la province de Québec (1897), art. 1248. ^b

Doctrine citée

Québec. Assemblée législative de Québec. *Bill 20: Code de procédure civile*. Québec: Imprimeur de la Reine, 1965.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec*, qui a rejeté la requête de l'appelante pour une permission spéciale de produire sa comparution et sa déclaration d'appel incident. Pourvoi accueilli.

Pierre Delisle, c.r., et *Jacques Flynn, c.r.*, pour l'appelante. ^e

Viateur Bergeron, c.r., pour les intimées.

Le jugement de la Cour a été rendu par ^f

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Dans une affaire d'évaluation municipale, le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec rendait, le 29 avril 1986, une décision accueillant les plaintes portées par l'appelante contre l'évaluation municipale de ses immeubles, situés dans la ville de Sainte-Foy, pour les années 1981 à 1984 inclusivement. Les intimées s'étant pourvues en appel devant la Cour provinciale (maintenant la Cour du Québec), celle-ci rendait jugement le 1^{er} septembre 1987, accueillant l'appel pour partie seulement ([1988] R.J.Q. 184). Les intimées logeaient, le 29 septembre 1987, un appel de plein droit à la Cour d'appel du Québec par dépôt d'une inscription en appel au greffe de la Cour provinciale, conformément à l'art. 495 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25. Le 5 octobre 1987, dans les délais prescrits par l'art. 499 C.p.c., l'appelante ^g

* C.A. Québec, n° 200-09-000569-878, 27 octobre 1989 (les juges Bernier, Malouf et Rothman).

respondents a document entitled [TRANSLATION] "appearance and incidental appeal", which it also filed in the office of the Provincial Court.

On August 24, 1989, relying on arts. 2 and 502 C.C.P., the appellant made a motion before the Quebec Court of Appeal entitled [TRANSLATION] "For special leave to file its 'appearance and incidental appeal'", alleging *inter alia* that the office of the Provincial Court had failed to forward the "appearance and incidental appeal", received on October 5, 1987, to the office of the Quebec Court of Appeal. On October 27, 1989, the majority of the Quebec Court of Appeal dismissed the motion (Malouf J.A. dissenting), prompting the present appeal.

The only issue before this Court is the Quebec Court of Appeal's power to correct the situation created by the fact that the incidental appeal was filed in the office of the Provincial Court and not forwarded to the Quebec Court of Appeal within the time prescribed. In this regard art. 523 C.C.P. lies at the heart of the case:

523. The Court of Appeal may, if the ends of justice so require, permit a party to amend his written proceedings, to implead a person whose presence is necessary, or even, in exceptional circumstances, to adduce, in such manner as it directs, indispensable new evidence.

It has all the powers necessary for the exercise of its jurisdiction and may make any order necessary to safeguard the rights of the parties. It may even, notwithstanding the expiry of the delay allowed by article 494, but provided that more than six months have not elapsed since the judgment, grant special leave to appeal to a party who shows that in fact it was impossible for him to act sooner. However such leave cannot be granted in respect of a judgment rendered in the circumstances contemplated in article 198.1.

The appellant's main argument in support of its appeal is that, under the *Code of Civil Procedure* provisions applicable to incidental appeals, it was entitled to file its appearance and notice of incidental appeal with the office of the Provincial Court and it was the duty of the clerk of that court to for-

faisait signifier aux procureurs des intimées une procédure intitulée: «Comparution et appel incident» qu'elle déposait au greffe de la Cour provinciale.

Le 24 août 1989, s'appuyant sur les art. 2 et 502 C.p.c., l'appelante saisissait la Cour d'appel du Québec d'une requête intitulée: «Pour permission spéciale de produire sa «comparution et appel incident»» alléguant, entre autres, le défaut du greffe de la Cour provinciale de transmettre au greffe de la Cour d'appel du Québec la «comparution et appel incident» y déposée le 5 octobre 1987. Le 27 octobre 1989, la Cour d'appel du Québec à la majorité rejetait cette requête, le juge Malouf étant dissident, d'où le présent appel.

La seule question que pose ce pourvoi a trait au pouvoir de la Cour d'appel du Québec de corriger la situation créée par le fait que l'appel incident a été logé au greffe de la Cour provinciale et qu'il n'a pas été transmis à la Cour d'appel du Québec dans le délai prescrit. À cet égard, l'art. 523 C.p.c. est au cœur du litige:

523. La Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie d'amender ses actes de procédure, de mettre en cause une personne dont la présence est nécessaire, ou encore, en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve nouvelle indispensable.

Elle a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa juridiction, et peut rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties; elle peut même, nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 494, mais pourvu qu'il ne se soit pas écoulé plus de six mois depuis le jugement, accorder une permission spéciale d'appeler à la partie qui démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt. Toutefois, un jugement rendu dans les circonstances prévues à l'article 198.1 ne peut faire l'objet d'une telle permission.

L'appelante avance comme argument principal à l'appui de son pourvoi que, selon les dispositions du *Code de procédure civile* applicables à l'appel incident, elle était en droit de déposer sa comparution et son avis d'appel incident au greffe de la Cour provinciale et qu'il appartenait au greffier de

ward the proceeding to the office of the Quebec Court of Appeal, which he neglected to do.

The Court of Appeal rejected this submission, ^a the majority simply stating:

[TRANSLATION] The respondent prepared a declaration of incidental appeal and an appearance and caused them ^b to be served in time, but filed them in the office of the wrong court, namely that of the Provincial Court instead of the office of the Court of Appeal (arts. 499 and 500 C.C.P.).

. . .

The respondent is aware of all this, which is why it seeks to rely on arts. 2 and 502 C.C.P. These provisions allow for a broad application of the rules of procedure and art. 502 authorizes the correction of irregularities in ^d the appeal procedure "provided, however, that the inscription in appeal has been duly served and filed". [Emphasis added.]

and Malouf J.A., dissenting:

[TRANSLATION] There is no doubt that counsel for the respondent made an error in filing their appearance and incidental appeal with the office of the Court of Quebec instead of the office of the Court of Appeal.

In the alternative, the appellant argues that, if an error was made, it is neither material nor jurisdictional, but purely procedural in nature. Accordingly, by virtue of the discretion conferred on it by arts. 2, 502 and 523 C.C.P., the Court of Appeal ^e had the power to correct the irregularity.

The majority of the Court of Appeal rejected ^h this argument as well, as in its opinion:

[TRANSLATION] In the case at bar, however, what is involved is not a procedural defect, a technicality, an irregularity in procedure but the loss of a substantive right, a bar, a prescription.

The right of appeal is a substantive right, an exceptional right which (except for a question of excess of jurisdiction by the Superior Court, which is not the case here, [1982] 1 S.C.R. 589, *Goodman v. Rompkey et al.*), ^j exists only if specifically created by legislation and only to the extent provided therein ([1950] S.C.R. 412, at

cette cour de transmettre la procédure au greffe de la Cour d'appel du Québec, ce qu'il a négligé de faire.

La Cour d'appel n'a pas retenu ce moyen, la majorité se contentant simplement d'affirmer à cet égard:

L'intimée a, en temps utile, rédigé et fait signifier une déclaration d'appel incident ainsi qu'une comparution mais les a produites au greffe du mauvais tribunal, soit celui de la Cour provinciale au lieu du greffe de la Cour d'appel (art. 499 et 500 C.p.c.).

. . .

Tout ceci l'intimée le réalise, c'est pourquoi elle cherche appui sur les articles 2 et 502 C.p.c. Ces dispositions permettent une application large des règles de procédure et l'article 502 autorise la correction d'irrégularités dans la procédure d'appel «pourvu, toutefois, que l'inscription ait été dûment signifiée et déposée». [Je souligne.]

^e et le juge Malouf, dissident:

Il n'y a aucun doute que les procureurs de l'intimée ont fait une erreur en déposant leur comparution et appel incident au greffe de la Cour du Québec au lieu du greffe de la Cour d'appel.

^f Comme argument subsidiaire, l'appelante nous propose que, s'il y a eu erreur, cette erreur n'est ni matérielle ni juridictionnelle mais de nature purement procédurale. En conséquence, la Cour d'appel, en vertu de la discrétion qui lui est conférée par les art. 2, 502 et 523 C.p.c., avait le pouvoir de corriger cette simple irrégularité.

^h La majorité de la Cour d'appel n'a pas non plus retenu cet argument, étant d'opinion que:

ⁱ En l'espèce, il ne s'agit cependant pas d'un vice de procédure, d'une technicalité, d'une irrégularité dans la procédure mais de la perte d'un droit substantif, d'une forclusion, d'une prescription.

Le droit d'appel est un droit substantif, un droit d'exception qui (sauf pour question d'excès de juridiction de la Cour supérieure, ce qui n'est pas ici le cas, (1982) 1 R.C.S. 589, *Goodman c. Rompkey et autre*), n'existe que si créé spécifiquement par une disposition législative et que dans la mesure qui y est prévue ((1950)

428, *Welch v. R.*). The time limit for exercising it, stipulated in the provision creating the right of appeal, is an integral part of it and so is a matter of substantive law and not procedure. The right of appeal, with a time limit for exercising it, has only a limited existence: if it is not exercised within the time prescribed, where the time limit is a strict one as in the case at bar (*C.C.P.* annotated, p. 574, *Provencher v. Bélanger*; [1986] R.D.J. 137, *Les Prévoyants du Canada v. Marcotte*), and the specific corrective provisions no longer apply, it is irremediably lost, expired, barred.

R.C.S. 412, à la p. 428, *Welch c. R.*). Le délai pour l'exercer, stipulé à la disposition qui crée le droit d'appel, en constitue une partie intégrante et partant tient du droit substantiel et non de la procédure. Le droit d'appel, assorti d'un délai pour l'exercer, n'a qu'une existence limitée; s'il n'est pas exercé dans le délai prescrit, lorsque le délai est de rigueur comme dans l'espèce (*C.p.c.* annoté, p. 574, *Provencher c. Bélanger*; 1986 R.D.J. 137, *Les Prévoyants du Canada c. Marcotte*), et que les dispositions correctives spécifiques ne s'appliquent plus, il est irrémédiablement perdu, périmé, forclos.

In the case at bar, as the declaration of an incidental appeal was filed with the office of the trial court instead of the office of the Court of Appeal, and was not forwarded to the Court of Appeal by the trial court clerk, the Court can only conclude that the incidental appeal is void and non-existent and the respondent's right of appeal barred. As over six months have elapsed since the day of judgment, in view of the six-month limit imposed in art. 523 *C.C.P.* the Court of Appeal has no power by which it can extend the appeal deadline in the case at bar.

En l'espèce, la déclaration d'appel incident ayant été déposée au greffe du tribunal de première instance au lieu du greffe de la Cour d'appel et n'ayant pas été transmise à la Cour d'appel par le greffier de la Cour de première instance, la Cour ne peut que constater la nullité, la non-existence de l'appel incident et la forclusion du droit d'appel de l'intimée. Plus de six mois s'étant écoulés depuis le jour du jugement, vu la limite de six mois imposée à l'article 523 *C.p.c.*, la Cour d'appel ne possède aucun pouvoir lui permettant de proroger le délai d'appel en l'espèce.

That, moreover, is what this Court has already held for all practical purposes, in a similar case concerning an incidental appeal (the incidental appeal filed with the trial court office was forwarded to the Appeals Office, but belatedly), *Hansford v. Létourneau*, 5 *Q.A.C.* 193, at p. 197. *Paré J.A.*, whose opinion was concurred in by his colleagues, concluded as follows:

C'est d'ailleurs ce que notre Cour a déjà décidé dans un cas portant sur un appel incident, à toutes fins utiles similaire (l'appel incident déposé au greffe de la Cour de première instance fut transmis, mais tardivement au greffe des appels), *Hansford c. Létourneau* (5 *Q.A.C.* 193, à la p. 197). Monsieur le juge *Paré*, avec qui ses collègues furent d'accord, concluait en ces termes:

"Finally, the question is not simply one of a procedural deadline, as suggested by the incidental appellant on the claim in warranty: it is a question of jurisdiction. It is the very existence of the right of appeal which is at issue and this court may not, outside the procedures specified in art. 523 *C.C.P.*, ignore the expiry of the right of appeal."

«Enfin il ne s'agit pas là d'une simple question de délai de procédure, comme le soutient l'appelant incident sur la demande en garantie; il s'agit d'une question de juridiction. C'est l'existence même du droit d'appel qui est en jeu et notre cour ne peut, en dehors des moyens prévus à l'art. 523 *C.p.*, passer outre la déchéance du droit d'appel.»

Malouf J.A., for his part, expressed a contrary view:

Le juge *Malouf*, pour sa part, a exprimé l'avis contraire en ces termes:

[TRANSLATION] The respondent acted diligently in bringing its incidental appeal before the time specified in the Code had expired. In the circumstances, the failure to file the said proceedings with the office of the Court of Appeal is due solely to an error by counsel for the respondent. Moreover, the staff in the Court of Quebec office, who knew or should have known that the case

La partie intimée a agi avec diligence en formulant son appel incident avant l'expiration du délai prévu dans le Code. En l'espèce, le défaut de produire les dites procédures au greffe de la Cour d'appel est dû uniquement à l'erreur des procureurs de l'intimée. Qui plus est, le personnel du greffe de la Cour du Québec, qui savait ou aurait dû savoir que la cause avait été portée en appel

had been appealed, could have corrected this error by sending the said proceedings on to the Court of Appeal office. I do not really see how in such circumstances the respondent can be barred from arguing its case in this Court.

The main appeal is still before this Court. According to the respondent, both the main and the incidental appeal raise questions of significance. The appellants do not suggest that the incidental appeal is futile. They have submitted no motion to dismiss the incidental appeal.

I consider that in adopting the provisions of arts. 2, 502 and 523 the legislature intended to give this Court the power to correct such a situation. In my view, those provisions are for the purpose of correcting such a situation. It would be truly tragic to deny the respondent the opportunity of pleading its case.

According to the respondents, the majority of the Court of Appeal did not err as it followed a long line of jurisprudence of the Court of Appeal, on which the respondents rely along with the provisions of the *Code of Civil Procedure*.

Analysis

Before turning to the crux of this appeal, I think it is worth reviewing the guiding principles in this case.

The *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 (formerly S.Q. 1965, c. 80) came into force on September 1, 1966. It constituted a complete revision of the old Code and implemented the Report of the Commissioners responsible for drafting it, who explained at p. IVa of the annotated text of *Bill 20: Code of Civil Procedure* (1965):

The complaint most often raised against the Code is its excessive formalism and the complexity of the rules it sets out. Of course no one can deny that certain formalities are necessary in order to avoid leaving the administration of justice to the whim of pleaders or to the arbitrary ruling of the judge, to ensure a frank discussion of the issues in dispute, without the danger of being taken by surprise by one's adversary. But these formalities must be reduced to those necessary for achieving the purposes which are their justification. Otherwise they may even jeopardize the very rights

aurait pu corriger cette erreur en faisant parvenir au greffe de la Cour d'appel les dites pièces de procédure. Je vois mal comment dans de telles circonstances on peut empêcher l'intimée de plaider sa cause devant nous.

L'appel principal est toujours devant notre Cour. Selon l'intimée, l'appel principal ainsi que l'appel incident soulèvent des questions sérieuses. Les appelantes ne prétendent pas que l'appel incident est futile. Elles n'ont présenté aucune procédure pour rejeter l'appel incident.

Je suis d'avis que le législateur en adoptant les dispositions des articles 2, 502 et 523 a voulu donner à notre Cour le pouvoir de corriger une telle situation. Selon moi, ces dispositions visent à corriger une telle situation. Il serait vraiment tragique de nier à l'intimée l'opportunité de plaider sa cause.

Selon les intimées, la majorité de la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en ce qu'elle a suivi une jurisprudence constante de la Cour d'appel, sur laquelle les intimées appuient leurs prétentions, invoquant en outre les dispositions du *Code de procédure civile*.

Analyse

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il m'apparaît utile de rappeler les principes qui doivent chapeauter un débat de la nature de celui qu'on soulève ici.

Le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (auparavant S.Q. 1965, ch. 80), est entré en vigueur le 1^{er} septembre 1966. Il procédait à un complet remaniement de l'ancien Code, et donnait suite aux rapports présentés par les commissaires chargés de sa rédaction, qui s'en sont expliqués à la p. IVa du texte annoté du *Bill 20: Code de procédure civile* (1965):

Le grief le plus souvent formulé contre le Code porte sur la complexité des règles qu'il édicte et sur son formalisme excessif. Sans doute, des formalités sont nécessaires, et pour empêcher que l'administration de la justice ne soit laissée à la fantaisie des plaideurs ou à l'arbitraire du juge, et pour assurer aux parties un débat loyal, à l'abri des surprises de l'adversaire. Mais encore faut-il que ces formalités soient limitées à celles qui sont nécessaires pour que soient atteintes les fins qui les justifient; autrement, le formalisme pourrait compromettre les droits mêmes que la procédure a pour mission de

which procedure is designed to safeguard, and risk making the road to justice a veritable labyrinth. But this is just what one complains about in the present Code, which still bears the stamp of an era when procedure was not yet sufficiently considered in its true role of the servant of the substantive law.

Article 2 *C.C.P.* expressly states in this regard:

2. The rules of procedure in this *Code* are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out; and failing a provision to the contrary, failure to observe the rules which are not of public order can only affect a proceeding if the defect has not been remedied when it was possible to do so. The provisions of this Code must be interpreted the one by the other, and, so far as possible, in such a way as to facilitate rather than to delay or to end prematurely the normal advancement of cases.

The Commissioners noted in commentary relating to art. 2 above (at p. 1a):

This text sets forth expressly the manner in which the rules of the new Code are to be applied and interpreted. This provision, which is in conformity with the spirit of the reform, will assist, in the opinion of the Commissioners, in giving to procedure the new orientation which is desired.

This Court has had the opportunity to put the remedial philosophy of this new Code into practice on several occasions, in particular *per* Pigeon J. in *Hamel v. Brunelle*, [1977] 1 S.C.R. 147, at pp. 153-54. Similarly, in *Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 S.C.R. 1132, he wrote at p. 1140:

In fact, the governing intention behind the whole new Code was the desire to bury the old adage that "form takes precedence over substance". This intention is stated expressly in art. 2

And at pp. 1141-42:

As I have already had occasion to note, when the decision on a question of form causes a litigant to be deprived of a substantial right, the matter ceases to be a question of form and becomes a question of law (see *Barrette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 121). For this reason, this Court has not hesitated to intervene on procedural questions in such circumstances, as in *Frank v.*

savegarder, et il risquerait de faire du chemin de la justice un véritable labyrinthe. Or, c'est justement ce que l'on reproche au code actuel, qui porte encore la marque d'une époque où la procédure n'était pas encore suffisamment considérée dans son véritable rôle d'auxiliaire du droit substantiel.

L'article 2 *C.p.c.* est d'ailleurs explicite à cet égard:

2. Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction; et à moins d'une disposition contraire, l'inobservation de celles qui ne sont pas d'ordre public ne pourra affecter le sort d'une demande que s'il n'y a pas été remédié alors qu'il était possible de le faire. Ces dispositions doivent s'interpréter les unes par les autres et, autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément.

et les commissaires l'ont eux-mêmes signalé dans les commentaires relatifs à l'art. 2 susmentionné (à la p. 1a):

Ce texte exprime formellement dans quel sens les règles du nouveau code devraient être appliquées et interprétées. Cette disposition conforme à l'esprit de la réforme, contribuera, de l'avis des Commissaires, à donner à la procédure l'orientation nouvelle souhaitée.

Notre Cour a eu l'occasion d'appliquer la philosophie «remédiatrice» de ce nouveau code à plusieurs reprises, en particulier par la voix du juge Pigeon dans l'arrêt *Hamel c. Brunelle*, [1977] 1 R.C.S. 147, aux pp. 153 et 154. De même, dans l'arrêt *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132, où il écrit à la p. 1140:

En effet, la pensée dominante qui a inspiré tout le nouveau Code c'est le désir d'enterrer le vieil adage que «la forme emporte le fond». Ils [les commissaires] l'ont exprimé formellement dans l'art. 2

Et aux pp. 1141 et 1142:

Comme j'ai déjà eu l'occasion de le signaler, lorsque la décision sur une question de forme a pour conséquence qu'un justiciable est privé d'un droit important, elle cesse d'être vraiment une question de forme et devient une question de droit, (voir *Barrette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 121). C'est pourquoi cette Cour n'a pas hésité à intervenir sur des questions de procédure dans

Alpert, Basarsky v. Quinlan, Ladouceur v. Howarth, Witco Chemical Co. v. Oakville, General Foods v. Struthers, Hamel v. Brunelle. [References omitted.]

In *Bowen v. City of Montreal*, [1979] 1 S.C.R. 511, Pigeon J. reiterated that a liberal approach must be taken when interpreting the 1965 Code as follows, at p. 519:

On the other hand, this Court cannot endorse the formalistic attitude of the Court of Appeal. This would be contrary to a fundamental principle that is at the root of s. 50 of the *Supreme Court Act* and of the reform of civil procedure effected by the 1965 Code, and which has been sanctioned in numerous decisions, the most recent being *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.* This principle is that a party must not be deprived of his rights on account of an error of counsel where it is possible to rectify the consequences of such error without injustice to the opposing party. In the circumstances, it appears to me that appellant should be allowed to take the necessary steps to obtain a decision on his conclusions for the annulment of the expropriation, on which the courts below did not rule.

This having been said, it is clear that, barring undue formalism, the preemptory provisions of the *Code of Civil Procedure* must be observed, as procedure judiciously applied provides an additional guarantee that the rights of litigants will be respected. This is especially true in the context of an appeal because, as the majority of the Court of Appeal pointed out, the right of appeal is a statutory creation, the very existence of which is subject to precise rules. This is what Pratte J. held in *Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 516, upholding the Court of Appeal on this point, when he wrote at p. 519:

As regards the motion for the dismissal of the appeal, it had to be allowed. An appeal is brought only if, within the time limit provided for in art. 494 C.C.P., the inscription is filed with the office of the court of first instance and served upon the opposing party or his counsel. In the case at bar, though the inscription was filed with the office of the Superior Court, it was never served upon respondent or its counsel. One of the two steps essential to the bringing of the appeal was therefore missing; this is not a mere formality that the Court

de telles circonstances comme elle l'a fait dans: *Frank c. Alpert, Basarsky c. Quinlan, Ladouceur c. Howarth, Witco Chemical Co. c. Oakville, General Foods c. Struthers, Hamel c. Brunelle.* [Références omises.]

Dans l'arrêt *Bowen c. Ville de Montréal*, [1979] 1 R.C.S. 511, le juge Pigeon rappelle de nouveau l'approche libérale avec laquelle il y a lieu d'interpréter le Code de 1965 en ces termes, à la p. 519:

D'un autre côté cette Cour ne saurait approuver l'attitude formaliste de la Cour d'appel. Cela serait contraire à un principe fondamental qui est à l'origine de l'art. 50 de la *Loi sur la Cour suprême* comme de la réforme de la procédure civile effectuée par le Code de 1965 et qui a été consacré par de nombreux arrêts dont le dernier est *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.* Ce principe, c'est qu'une partie ne doit pas être privée de son droit par l'erreur de ses procureurs, lorsqu'il est possible de remédier aux conséquences de cette erreur sans injustice à l'égard de la partie adverse. Dans les circonstances, il me paraît qu'il y a lieu de permettre à l'appellant de faire les procédures nécessaires pour faire adjuger sur ses conclusions en nullité de l'expropriation sur lesquelles les cours d'instance inférieure ne se sont pas prononcées.

Ceci dit, il est évident que, tout formalisme indu écarté, les dispositions impératives du *Code de procédure civile* doivent être respectées, la procédure judicieusement observée demeurant une garantie additionnelle du respect des droits des justiciables. Ceci est particulièrement vrai en matière d'appel où le droit d'appel est une création statutaire dont l'existence même est soumise à des règles précises, comme le souligne d'ailleurs la majorité de la Cour d'appel. C'est ce que décidait le juge Pratte dans l'arrêt *Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 516, confirmant la Cour d'appel sur ce point, lorsqu'il écrit à la p. 519:

En ce qui a trait à la requête pour rejet d'appel elle devait nécessairement être accueillie. En effet, un appel n'est formé que si, dans le délai prévu à l'art. 494 C.p.c., l'inscription est déposée au greffe du tribunal de première instance et signifiée à la partie adverse ou à son procureur. Dans l'espèce, l'inscription, si elle a été déposée au greffe de la Cour supérieure, n'a cependant jamais été signifiée à l'intimée ou à ses procureurs. L'un des deux éléments essentiels à la formation de l'appel faisait donc défaut; il ne s'agit pas d'une simple forma-

of Appeal could allow to be corrected (art. 502 C.C.P.). The Court of Appeal was therefore right to allow respondent's motion for the dismissal of the appeal brought by appellant. [Emphasis in original.]

The whole question here, then, is whether, in the case at bar, the Court of Appeal could exercise its discretionary power to correct the shortcoming in the inscription of the incidental appeal, or whether it was bound by the peremptory provisions dealing with appeals at art. 523 C.C.P.

Accordingly, this Court must consider both the principal and alternative arguments put forward by the appellant in this respect.

1. *Filing of the Incidental Appeal*

In the appellant's submission, since art. 500 C.C.P. does not say where an incidental appeal must be brought, the rule set out in art. 495 C.C.P. regarding the filing of the principal appeal applies.

Article 495 C.C.P. states:

495. The appeal is brought by depositing at the office of the court of first instance, within the delay provided by article 494, a duplicate and two copies of an inscription which has been served upon the adverse party or his attorney.

Article 500 C.C.P., for its part, provides:

500. Without prejudice to his right to bring an appeal himself in the manner and within the delay provided by articles 494 and 495, the respondent may make an incidental appeal, without formality other than a declaration, served on the adverse party and filed at the same time as his written appearance, that he will demand the reversal, in his favour, of the judgment appealed from. Such declaration must set out the conclusions sought by the respondent and a summary statement of the means he intends to set up.

Article 499 C.C.P., however, states that the appearance on appeal must be filed at the Appeal Office. If, as the appellant claims, an incidental appeal must abide by the same filing rules as the principal appeal in the absence of a more specific provision in art. 500, then why are the rules for appearances different for each — particularly

lité dont la Cour d'appel peut permettre la correction (art. 502 C.p.c.). La Cour d'appel a donc eu raison d'accorder la requête de l'intimée pour rejet de l'appel formé par l'appelante. [Souligné dans l'original.]

Toute la question est donc ici de savoir si, dans le cas qui nous occupe, la Cour d'appel pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire pour corriger le défaut dans l'inscription de l'appel incident ou si elle était liée par les dispositions impératives de l'art. 523 C.p.c. qui traitent de l'appel.

Il y a donc lieu d'examiner et l'argument principal et l'argument subsidiaire que nous propose l'appelante à cet égard.

1. *Le dépôt de l'appel incident*

Selon l'appelante, l'art. 500 C.p.c. étant silencieux quant à l'endroit où doit être formé l'appel incident, la règle prévue à l'art. 495 C.p.c., qui régit le dépôt de l'appel principal, trouve application.

L'article 495 C.p.c. énonce:

495. L'appel est formé par le dépôt au greffe du tribunal de première instance, dans le délai prévu par l'article 494, d'un exemplaire et de deux copies d'une inscription signifiée à la partie adverse ou à son procureur.

L'article 500 C.p.c. pour sa part prescrit:

500. Sans préjudice de son droit d'interjeter lui-même appel en la manière et dans le délai prévus par les articles 494 et 495, l'intimé peut former appel incident, sans autre formalité qu'une déclaration, signifiée à la partie adverse et produite en même temps que son acte de comparution, qu'il demande la réformation, en sa faveur, du jugement frappé d'appel; cette déclaration doit contenir les conclusions recherchées par l'intimé et un énoncé sommaire des moyens qu'il prévoit utiliser.

Par contre, l'art. 499 C.p.c. prévoit que la comparution en appel doit se faire au greffe des appels. Si, comme le prétend l'appelante, en l'absence d'indication plus précise à l'art. 500, l'appel incident doit suivre les mêmes règles de formation que l'appel principal, on ne voit pas bien pourquoi les règles de comparution seraient différentes pour

when art. 500 follows immediately after art. 499 and both articles deal with appearances?

Moreover, it would be incongruous, to say the least, if the appearance and incidental appeal, which, under art. 500 *C.C.P.*, are to be filed at the same time, were required to be filed in two different places which, depending on the judicial district, may be a considerable distance apart. In my view, an interpretation that leads to such a result is untenable. It should further be noted that, in this case, the appearance and the incidental appeal constituted one document, so it can be assumed that the appellant itself took for granted that the two procedures had to be filed in the same office.

Finally, the practice in Quebec has consistently been that the incidental appeal is filed at the Appeal Office. Simple logic requires this under art. 498 *C.C.P.*:

498. As soon as the inscription in appeal is filed, the prothonotary must transmit a copy to the Appeal Office at Québec or Montréal, as the case may be, and a copy to the judge whose judgment is appealed from. He must also, without delay, prepare and certify, in the manner prescribed by the rules of practice of the Court of Appeal, the record of the case, a list of the documents therein and a copy of the entries made in the registers, to be transmitted to the Appeal Office as soon as possible.

It would seem illogical for the appearance and the incidental appeal to be filed anywhere but where the inscription in appeal and record are located. Additionally, in contrast to provisions governing the principal appeal, there is nothing in art. 498 *C.C.P.* that requires the prothonotary to forward the appearance and incidental appeal to the Appeal Office as soon as they are filed. He could of course have done so, but given the provisions of the *Code of Civil Procedure*, his failure could not serve to remedy the problem which the appellant now faces.

The principal appellant's obligation to inscribe its appeal with the office of the court of first instance is logical, since that is where the case record is at that time. That is not necessarily so,

l'un et l'autre. Et ce, d'autant plus que l'art. 500 suit immédiatement l'art. 499 et tous deux concernent la comparution.

Qui plus est, il semblerait pour le moins incongru que la comparution et l'appel incident, qui doivent selon l'art. 500 *C.p.c.* être produits en même temps, doivent l'être à deux endroits différents qui, selon les districts judiciaires, peuvent être à des distances considérables l'un de l'autre. Une interprétation qui mènerait à ce résultat ne me semble pas soutenable. Il est à noter, au surplus, qu'ici la comparution et l'appel incident sont rédigés dans un seul et même document, d'où l'on peut présumer que l'appelante elle-même prenait pour acquis que les deux procédures devaient être déposées au même greffe.

Enfin, la pratique constante au Québec a toujours voulu que le dépôt de l'appel incident se fasse au greffe des appels. La simple logique le mandate en ce que, selon l'art. 498 *C.p.c.*:

498. Sitôt déposée l'inscription en appel, le protonotaire doit en transmettre une copie au greffe des appels, à Québec ou à Montréal, selon le cas, et une au juge qui a rendu le jugement frappé d'appel. Il doit aussi et sans délai, préparer et certifier, de la manière prescrite par les règles de pratique de la Cour d'appel, le dossier de la cause, un inventaire des pièces qui le composent et une copie des entrées faites aux registres, pour être transmis au greffe des appels aussitôt que possible.

Il m'apparaîtrait illogique, en effet, que le dépôt de la comparution et de l'appel incident doivent se faire ailleurs que là où l'inscription en appel et le dossier se retrouvent. Rien, par ailleurs, dans l'art. 498 *C.p.c.* n'oblige le protonotaire à transmettre au greffe des appels «sitôt déposés la comparution et l'appel incident» contrairement à ce qui est le cas pour l'appel principal. Il aurait, évidemment, pu le faire, mais, sous l'angle des dispositions du *Code de procédure civile*, le reproche qu'on lui adresse ne saurait remédier au problème auquel l'appelante fait face présentement.

L'obligation faite à un appellant principal d'inscrire son appel au greffe du tribunal de première instance est logique puisque c'est là où le dossier se trouve à ce moment. Tel n'est pas nécessaire-

however, by the time the appearance and incidental appeal are filed. The contrary is more likely, and the current practice has developed accordingly.

In my opinion, the lack of formalism governing the incidental appeal since the 1965 Code should not be used to argue that, absent a clear provision, an established practice which is far from being in conflict with the new provisions should be overturned. The Commissioners' stated reasons for the suggested amendments have nothing to do with the appellant's arguments on this subject:

However, Article 500 provides that respondent may take an incidental appeal without other formality than a simple declaration filed at the same as his appearance, which will have the consequence of avoiding the numerous appeals made at the last moment to prevent counter-appeals.

(*Bill 20: Code of Civil Procedure*, at p. 99a.)

In any event, the argument advanced by the appellant based on art. 494 *C.C.P.* does not, I think, stand up to scrutiny. The relevant passages of the article read:

494. An application for leave to appeal . . . must be presented by motion accompanied by a copy of the judgment and of the documents of the contestation, if they are not reproduced in the judgment. It must indicate the duration of the proof and hearing in first instance, the conclusions sought by the appellant and a summary statement of the grounds which the appellant intends to set up.

The motion must be served on the adverse party and filed with the office of the court within 30 days of the date of judgment; it must be presented to a judge of the Court of Appeal as soon as possible.

Every other appeal must be brought within 30 days of the date of judgment unless . . . a shorter delay is prescribed in another Act.

Such delays are peremptory and their expiry extinguishes the right of appeal; they run against the Crown and all persons, even incapables or absentees, when

ment le cas, cependant, lors de la comparution et la formation de l'appel incident. La règle contraire est plus conforme à la réalité et c'est ainsi que la pratique courante l'a comprise et appliquée.

On ne saurait, à mon avis, s'inspirer de l'absence de formalisme auquel est soumis l'appel incident depuis le Code de 1965, pour prétendre qu'en l'absence de disposition claire, on doit mettre de côté une pratique établie et qui n'entre pas en conflit, loin de là, avec les nouvelles dispositions. Les commissaires ont d'ailleurs eux-mêmes indiqué les motifs pour lesquels ils ont suggéré les modifications apportées, motifs qui n'ont rien à voir avec les prétentions de l'appelante à cet égard:

Par ailleurs, l'article 500 prévoit que l'intimé pourra former appel incident sans autre formalité qu'une simple déclaration produite en même temps que son acte de comparution, ce qui aura pour conséquence d'éviter ces appels faits à la dernière heure pour empêcher les contre-appels.

(*Bill 20: Code de procédure civile*, à la p. 99a.)

Si tant est qu'il faille s'attarder à l'argument que l'appelante tire de l'art. 494 *C.p.c.*, j'estime qu'il ne saurait résister à l'examen. Les extraits pertinents de l'article se lisent:

494. La demande pour permission d'appeler [. . .] est présentée par requête accompagnée d'une copie du jugement et des pièces de la contestation, si elles ne sont pas produites dans le jugement. Elle doit indiquer la durée de l'enquête et de l'audition en première instance, les conclusions recherchées par l'appellant et un énoncé sommaire des moyens qu'il prévoit utiliser.

La requête doit être signifiée à la partie adverse et produite au greffe dans les 30 jours de la date du jugement; elle doit être présentée à un juge de la Cour d'appel aussitôt que possible.

Tout autre appel doit être formé dans les 30 jours de la date du jugement à moins [qu'. . .] un délai plus court ne soit prévu dans une autre loi.

Ces délais sont de rigueur et emportent déchéance; ils courent contre la couronne et contre toutes personnes, y compris les incapables et les absents dont les représen-

those who represent them or who must assist them have been duly impleaded. [Emphasis added.]

The words "every other appeal", which the appellant maintains apply to incidental appeals, seem to me to refer instead to the principal appeal when it is brought as of right (not subject to prior leave) or to the counter-appeal (mentioned in art. 500 C.C.P.). An interpretation to the effect that the incidental appeal is included in this term would render art. 500 pointless, since it fixes a ten-day time limit (the appearance time limit mentioned in art. 499) for bringing the incidental appeal, and not the thirty-day time limit provided for in art. 494 C.C.P.

For all these reasons, I am of the view that the incidental appeal was wrongly filed with the trial court office. Accordingly, the appellant's main ground cannot succeed.

2. Article 502 C.C.P.

The appellant relies on arts. 2 C.C.P. (cited above) and 502 C.C.P. The latter reads as follows:

502. At any stage of the case, the court or, between sessions, one of its judges, may permit the correction, within such delay and under such conditions as it or he may determine, of any irregularity whatever in the procedure of appeal, provided, however, that the inscription in appeal has been duly served and filed. [Emphasis added.]

Had the appellant succeeded on its main argument, art. 502 C.C.P. might have been of assistance. As that argument has been rejected, it follows that the inscription in appeal was not "duly served and filed". Consequently, art. 502 C.C.P. does not apply.

3. Article 523 C.C.P.

Much ink has been spilt with respect to this provision and it has prompted a number of judgments both in the Court of Appeal and in this Court (see, for example, *Hamel v. Brunelle*, supra; *Cité de Pont Viau*, supra; *St-Hilaire v. Bégin*, [1981] 2 S.C.R. 79; *Cégep André Laurendeau v. Adanox Ltée*, [1982] C.A. 253; *Microlab Inc. v. Dauphin*,

tants ou ceux qui doivent les assister ont été dûment mis en cause. [Je souligne.]

Les mots «tout autre appel» qui, selon l'appelante s'appliqueraient à l'appel incident, me paraissent plutôt s'adresser à l'appel principal lorsqu'il est formé de plein droit (non soumis à une autorisation préalable) ou au contre-appel (auquel réfère d'ailleurs l'art. 500 C.p.c.). L'interprétation qui voudrait que l'appel incident soit couvert sous ce vocable rendrait inutile la disposition de l'art. 500 qui prévoit un délai de dix jours (délai de comparution prévu à l'art. 499) pour former l'appel incident et non pas le délai de trente jours stipulé à l'art. 494 C.p.c.

Pour tous ces motifs, j'estime que c'est à tort que l'appel incident a été logé au greffe de première instance. En conséquence, l'appelante ne saurait réussir sur son moyen principal.

2. L'article 502 C.p.c.

La requête de l'appelante invoque à son soutien les art. 2 C.p.c. (cité précédemment) et 502 C.p.c. Ce dernier se lit ainsi:

502. En tout état de cause, le tribunal ou, entre les sessions, l'un de ses juges, peut permettre de corriger, dans le délai et aux conditions qu'il détermine, toute irrégularité, quelle qu'elle soit, dans la procédure d'appel, pourvu, toutefois, que l'inscription en appel ait été dûment signifiée et déposée. [Je souligne.]

Si l'appelante avait réussi sur son moyen principal, l'art. 502 C.p.c. aurait pu lui venir en aide. Or, comme ce moyen n'est pas retenu, il faut conclure que l'inscription en appel n'a pas été «dûment signifiée et déposée» et conséquemment l'art. 502 C.p.c. ne trouve pas application.

3. L'article 523 C.p.c.

Cet article a déjà fait couler beaucoup d'encre et suscité nombre d'arrêts tant de la Cour d'appel que de notre Cour (voir, par exemple, *Hamel c. Brunelle*, précité; *Cité de Pont Viau*, précité; *St-Hilaire c. Bégin*, [1981] 2 R.C.S. 79; *Cégep André Laurendeau c. Adanox Ltée*, [1982] C.A. 253; *Microlab Inc. c. Dauphin*, [1983] C.A. 269; *Béland c. Scott*,

[1983] C.A. 269; *Béland v. Scott*, [1983] R.D.J. 456 (C.A.); *Longmoor Building Co. (Quebec) Ltd. v. Main Plumbing & Heating Supplies Co.*, [1984] C.A. 82; *Nelson International of Canada Ltd. v. Béton Provincial Ltée*, [1984] C.A. 260; *Saratoga Construction Ltée v. Horne*, [1984] R.D.J. 352 (C.A.); *Junk v. Schellwald*, [1986] R.D.J. 608 (C.A.); *Hansford v. Létourneau* (1987), 5 Q.A.C. 193; *Gersten v. Luxenberg*, [1987] R.J.Q. 533 (C.A.)). From these cases it appears that, in general, the Court of Appeal has tended to adopt a strict interpretation while this Court has preferred a contrary approach.

Since art. 523 C.C.P. is at the heart of this appeal, it is worthwhile to trace its origins.

The former rule required strict and rigorous observance of the thirty-day time limit for inscriptions in appeal. Article 1248 of the *Code of Civil Procedure of the Province of Quebec* (1897), replaced in the new Code by art. 523 C.C.P., did not allow for any exceptions since it listed the only cases in which the Court of Appeal could intervene:

1248. The court sitting in appeal may exercise all the powers necessary for such jurisdiction, and make such orders as it may deem proper for the purpose of remedying any insufficiencies of the record, of staying proceedings in the court of first instance in cases appealed from, of regulating the putting in or renewal of security, and of providing for all cases in which the law affords the party no special remedy.

This led Montgomery J.A. to write (*Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.*, C.A. Montréal, No. 500-09-000260-760, May 27, 1976, not reported but cited by Pratte J. in *Cité de Pont Viau*, *supra*, at p. 527):

... a successful litigant has the right to regard the judgment in his favour as final if no inscription in appeal is served upon him within thirty days.

Before the 1965 Code came into effect, this was the philosophy underlying the inflexibility of the thirty-day time limit.

[1983] R.D.J. 456 (C.A.); *Longmoor Building Co. (Quebec) Ltd. c. Main Plumbing & Heating Supplies Co.*, [1984] C.A. 82; *Nelson International of Canada Ltd. c. Béton Provincial Ltée*, [1984] C.A. 260; *Saratoga Construction Ltée c. Horne*, [1984] R.D.J. 352 (C.A.); *Junk c. Schellwald*, [1986] R.D.J. 608 (C.A.); *Hansford c. Létourneau* (1987), 5 Q.A.C. 193; *Gersten c. Luxenberg*, [1987] R.J.Q. 533 (C.A.)). De cette jurisprudence, il appert qu'en général, la Cour d'appel a eu tendance à adopter une interprétation stricte alors que notre Cour a démontré un penchant pour la tendance contraire.

Il est intéressant, dans un litige qui le met directement en cause, de retracer l'origine de l'art. 523 C.p.c.

L'ancienne règle voulait l'observance stricte et rigoureuse du délai de trente jours pour l'inscription en appel. L'article 1248 du *Code de procédure civile de la province de Québec* (1897), remplacé dans le nouveau Code par l'art. 523 C.p.c., ne permettait aucune dérogation puisqu'il énumérait les seuls cas où la Cour d'appel pouvait intervenir:

1248. La cour d'appel peut exercer tous les pouvoirs nécessaires à sa juridiction, et rendre les ordonnances qu'elle juge convenables pour suppléer aux déficiences du dossier, pour arrêter toute procédure en cour inférieure dans une cause portée en appel, pour régler les cas où un cautionnement doit être donné ou renouvelé, et pour prévoir à tous les cas où la loi ne fournit pas un remède spécifique à la partie.

C'est ce qui faisait dire au juge Montgomery de la Cour d'appel (*Cité de Pont Viau c. Gauthier Mfg. Ltd.*, C.A. Montréal, n° 500-09-000260-760, 27 mai 1976, non rapporté mais cité par le juge Pratte dans l'arrêt *Cité de Pont Viau*, précité, à la p. 527):

[TRADUCTION] ... la partie à un litige, qui a eu gain de cause, a le droit de considérer le jugement prononcé en sa faveur comme définitif si aucun avis d'appel ne lui est signifié dans un délai de trente jours.

C'était là, en effet, avant l'entrée en vigueur du Code de 1965, la philosophie sous-jacente à la rigidité du délai de trente jours.

In adopting the new art. 523, the Commissioners sought to mitigate the harshness of the rule, as they themselves noted:

3. The Commissioners propose the maintaining of the delay of thirty days for inscription in appeal, but Article 523 of the draft gives to the Court the power during a period of six months, to grant special permission to appeal to the party who shows that in fact, it was impossible for him to act within the delay provided. This special rule is the same as that set out by Article 484 for the petition in revocation. This same Article 523 grants, moreover, to the Court of Appeal, in a general way, powers similar to those possessed by the Supreme Court, which is only proper, as the judges of the Supreme Court have themselves pointed out.

(*Bill 20: Code of Civil Procedure*, at p. 99a.)

This Court has since had the occasion to interpret art. 523 *C.C.P.* several times. In *Hamel v. Brunelle*, *supra*, Pigeon J., commenting on art. 523 *C.C.P.* in connection with a motion to amend dismissed by the Quebec Court of Appeal, observed at pp. 153-54:

In my opinion, it is important to intervene to ensure compliance with the intention of the Quebec legislator to repeal the old maxim that "form takes precedence over substance". To cite only recent decisions, the rejection of unjust formalism was the reason for this Court's intervention on questions of procedure in: *Frank v. Alpert*, [1971] S.C.R. 637, 17 D.L.R. (3d) 491; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380, 24 D.L.R. (3d) 720; *Ladouceur v. Howarth*, [1974] S.C.R. 1111, 41 D.L.R. (3d) 416; *Witco Chemical Co. v. Oakville*, [1975] 1 S.C.R. 273, 43 D.L.R. (3d) 413. When a decision on a question of form results in a litigant losing his rights, it ceases to be a question of form and becomes a question of law. It is a question of form only as long as a remedy is possible, not when a right is lost. For this reason, in the case at bar, the point cannot be treated as a mere question of procedure.

Returning to the same theme in *Duquet*, *supra*, the same judge made similar observations in the passage I have already cited.

In *Cité de Pont Viau*, *supra*, Pratte J. posed the following question at p. 522:

Les commissaires ont voulu, en adoptant l'art. 523 nouveau, adoucir la règle comme ils l'expriment eux-mêmes:

3. Les Commissaires proposent le maintien du délai de trente jours pour l'inscription en appel, mais l'article 523 du projet donne à la Cour le pouvoir d'accorder, pendant six mois, une permission spéciale d'appeler, à la partie qui démontre qu'elle a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir dans le délai prévu. Cette réserve est la même que celle édictée par l'article 484 du projet pour la requête en rétractation. Ce même article 523 accorde du reste à la Cour d'appel, d'une façon générale, des pouvoirs analogues à ceux que possède la Cour Suprême, ce qui n'est que normal, comme l'ont souligné plus d'une fois les juges de la Cour Suprême eux-mêmes.

(*Bill 20: Code de procédure civile*, à la p. 99a.)

Depuis, notre Cour a eu l'occasion d'interpréter l'art. 523 *C.p.c.* à quelques reprises. Dans l'arrêt *Hamel c. Brunelle*, précité, le juge Pigeon, commentant l'art. 523 *C.p.c.* dans le cadre d'une demande d'amendement rejetée par la Cour d'appel du Québec, fait les remarques suivantes aux pp. 153 et 154:

À mon avis, il importe d'intervenir pour faire respecter la volonté du législateur québécois d'abroger le vieil adage que «la forme emporte le fond». Pour ne citer que des arrêts récents, c'est le rejet du formalisme injuste qui a motivé l'intervention de cette Cour sur des questions de procédure dans *Frank c. Alpert*, [1971] R.C.S. 637, 17 D.L.R. (3d) 491; *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380, 24 D.L.R. (3d) 720; *Ladouceur c. Howarth*, [1974] R.C.S. 1111, 41 D.L.R. (3d) 416; *Witco Chemical Co. c. Oakville*, [1975] 1 R.C.S. 273, 43 D.L.R. (3d) 413. Quand la décision sur une question de forme a pour conséquence qu'un justiciable perd son droit, elle cesse d'être une question de forme et devient une question de droit. Ce n'est une question de forme qu'en autant qu'un remède est possible, non quand cela emporte le droit. C'est pourquoi ici, on ne peut considérer le point comme une simple question de procédure.

Reprenant le même thème dans l'arrêt *Duquet*, précité, le même juge faisait des observations similaires dans l'extrait que j'ai déjà cité.

Le juge Pratte dans l'arrêt *Cité de Pont Viau*, précité, pose la question suivante à la p. 522:

The issue in the case at bar is therefore whether the Court of Appeal interpreted art. 523 *C.C.P.* correctly when it held that counsel's error had not made it impossible for appellant to act.

Is such an interpretation of art. 523 *C.C.P.* justified? This is the question that should now be considered.

Article 523 *C.C.P.* is new law.

His reply reflected the spirit of the new Code (at pp. 527-28):

Article 523 *C.C.P.* specifically empowers the Court under special circumstances to grant special leave to appeal within six months of the judgment. It is therefore only after this six-month period has elapsed that a Superior Court judgment acquires the same force of *res judicata* that it had under the old *Code* after thirty days.

I am therefore of opinion that appellant has shown that "in fact, it was impossible for him to act sooner".

Accordingly, this Court has allowed a party who has lost its right of appeal because of a lawyer's mistake, the right to either amend its pleadings or file its appeal within six months of the contested judgment. In so doing, the Court has broadened the concept of "impossibility" of action. It has also indicated that the discretion conferred on the Court of Appeal by art. 523 *C.C.P.* should be exercised so as to safeguard the parties' rights, unless the error or omission of the applicant or his counsel had irreparable consequences for other parties in a case. In the most recent judgment of this Court on the scope of art. 523 *C.C.P.*, *St-Hilaire v. Bégin*, *supra*, which involved a motion to file an appeal outside the time limit where counsel for the applicant had been prevented from complying with art. 494 because the record had been transferred from the Superior Court to another office, Lamer J. (as he then was) concluded at pp. 87-88:

In exercising its discretion, [the Court of Appeal] must in general, as art. 523 provides, seek "to safeguard the rights of the parties". As we have a system in which the parties are adversaries, and their respective rights are more often than not in conflict with each other, it goes

La question dans l'espèce est donc de savoir si la Cour d'appel a correctement interprété l'art. 523 *C.p.c.* lorsqu'elle a décidé que l'erreur de l'avocat n'avait pas entraîné l'impossibilité d'agir de la part de l'appelante.

Une telle interprétation de l'art. 523 *C.p.c.* est-elle fondée? C'est ce que nous allons maintenant voir.

L'article 523 *C.p.c.* est de droit nouveau.

pour y répondre selon l'esprit du nouveau Code (à la p. 528):

L'article 523 *C.p.c.* permet précisément d'accorder, à certaines conditions, une permission spéciale d'appeler dans les six mois de la date d'un jugement. C'est donc seulement à l'expiration de ce délai de six mois qu'un jugement de la Cour supérieure acquiert, en vertu du nouveau *Code*, la même force de chose jugée qu'il avait sous l'ancien *Code*, à l'expiration d'un délai de trente jours.

Je suis donc d'avis que l'appelante a démontré qu'elle avait été «en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt».

Bref, plus particulièrement en ce qui concerne des requêtes pour amendements et prolongation des délais pour produire un appel dans les six mois de jugement, notre Cour a accordé à une partie, privée de son droit d'appel par l'erreur de son avocat, la permission demandée. Ce faisant, la Cour a élargi la notion «d'impossibilité d'agir». Elle a également signalé que la discrétion conférée à la Cour d'appel par l'art. 523 *C.p.c.* doit être exercée pour sauvegarder les droits des parties, à moins que l'erreur ou l'omission de la requérante ou de son avocat n'aient des conséquences irréparables pour l'autre partie au litige. Dans l'arrêt le plus récent de notre Cour sur la portée de l'art. 523 *C.p.c.*, *St-Hilaire c. Bégin*, précité, où il s'agissait d'une requête pour produire un appel après le délai prévu à l'art. 494, alors que l'avocat de la partie requérante avait été empêché de déposer son avis d'appel dans le délai imparti à cause du transfert du dossier de la Cour supérieure à un autre greffe, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a conclu aux pp. 87 et 88:

En procédant à l'exercice de sa discrétion, [la Cour d'appel] doit de façon générale, comme le veut l'art. 523, chercher «à sauvegarder les droits des parties». Comme nous avons un système où les parties sont adversaires et dont les droits respectifs sont plus souvent

without saying that the Court will have to give priority to the rights of some as against, and often to the detriment of, the rights of others. In this regard, the Court must base itself on the initial wording of art. 523 and, when it has a choice, choose the means of safeguarding the rights of the parties which are required by "the ends of justice".

Relying on *Cité de Pont Viau*, the Quebec Court of Appeal has for its part allowed motions under art. 523 for extensions of time to file notices of a principal appeal (see, for example, *Microlab Inc. v. Dauphin*, *supra*).

However, in *Prévoyants du Canada, Assurance générale v. Marcotte*, [1986] R.D.J. 137, Monet J.A., for the Court of Appeal, allowed a motion to dismiss an incidental appeal on grounds of lateness. At pages 137-38 he wrote:

[TRANSLATION] An incidental appeal is an appeal.

The right of appeal is conferred by legislation. Exercise of the right of appeal is subject to various conditions imposed by law. Certain conditions are strict. The time limit for appealing, both under the present Code and its predecessor, is an absolute one.

. . .

In either case, the appeal document must contain the conclusions sought and a brief statement of the grounds that the appellant expects to rely on. Essentially, the difference between an appeal under art. 494 C.C.P. and an appeal under art. 500 C.C.P. is further time. Nevertheless, in either case the time limits are strict.

Similarly, in *Hansford v. Létourneau*, *supra*, the Court of Appeal held that an incidental appeal could not be filed after the six-month time limit specified in art. 523 C.C.P., as the court lacked jurisdiction. According to Paré J.A., at p. 197:

[TRANSLATION] Finally, the question is not simply one of a procedural deadline, as suggested by the incidental appellant on the claim in warranty: it is a question of jurisdiction. It is the very existence of the right of appeal which is at issue and this court may not, disregarding the procedures specified in art. 523 C.C.P., ignore the expiry of the right of appeal.

qu'autrement en situation de conflit, il va de soi que la Cour devra donner priorité aux droits des uns par rapport et souvent au détriment de ceux des autres. À cette fin la Cour doit s'inspirer des premiers mots de l'art. 523 et choisir, lorsqu'un choix s'impose, la sauvegarde des droits des parties selon que le requièrent «les fins de la justice».

S'inspirant de l'arrêt *Cité de Pont Viau*, la Cour d'appel du Québec a, pour sa part, accueilli des requêtes sous l'art. 523 pour prorogation du délai pour dépôt de l'avis d'appel principal (voir, par exemple, *Microlab Inc. c. Dauphin*, précité).

Par ailleurs, dans *Prévoyants du Canada, Assurance générale c. Marcotte*, [1986] R.D.J. 137, le juge Monet, au nom de la Cour d'appel, a accueilli une requête en rejet de l'appel incident en raison de sa tardiveté. Il écrivait aux pp. 137 et 138:

Un appel incident est un appel.

Le droit d'appel est accordé par un texte législatif. L'exercice du droit d'appel est assujéti à différentes conditions prévues par la loi. Certaines conditions sont rigoureuses. Le délai pour faire appel, tant sous le Code actuel que sous son prédécesseur, est de rigueur.

. . .

Dans un cas comme dans l'autre, l'acte d'appel doit contenir les conclusions recherchées et un énoncé sommaire des moyens que l'appelant prévoit utiliser. Essentially, the difference between l'appel prévu à l'article 494 C.P. et l'appel prévu à l'article 500 C.P. est un délai additionnel. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, les délais sont de rigueur.

De même, dans l'affaire *Hansford c. Létourneau*, précitée, la Cour d'appel a déterminé qu'un appel incident ne pouvait être logé après le délai de six mois prévu à l'art. 523 C.p.c. vu l'absence de juridiction de la Cour. Selon le juge Paré, à la p. 197:

Enfin, il ne s'agit pas là d'une simple question de délai de procédure, comme le soutient l'appelant incident sur la demande en garantie; il s'agit d'une question de juridiction. C'est l'existence même du droit d'appel qui est en jeu et notre cour ne peut, en dehors des moyens prévus à l'article 523 C.p., passer outre la déchéance du droit d'appel.

This is the context in which we must decide whether, in the case at bar, the Court of Appeal was right in interpreting art. 523 C.C.P. so as to deprive the appellant of its right of incidental appeal.

First of all, it is important to stress the discretion conferred on the Court of Appeal by art. 523 C.C.P., a discretion broad enough to "make any order necessary to safeguard the rights of the parties". That is the general rule. Article 523 provides for only two exceptions: one relating to art. 494 C.C.P. and the other to art. 198.1 C.C.P.

Given this, it follows that the general rule must be given a broad and liberal interpretation and the exception, on the other hand, must be strictly interpreted.

As can be seen from the outset, art. 523 C.C.P. does not refer to art. 500 C.C.P. On this basis, it is tempting to conclude at once that the general discretionary rule should apply.

In my opinion, a closer analysis confirms this first impression.

To conclude, as the respondents do, that art. 523 C.C.P. prohibits any extension of the incidental appeal time limit beyond six months from the date of the judgment, the incidental appeal must be treated like the principal appeal, both in jurisdictional and material terms.

The argument starts from the principle that the incidental appeal is an appeal in itself. No one denies this, and it has in fact been affirmed by the Court of Appeal on several occasions (*Cousineau v. Le Bihan*, [1967] Que. Q.B. 945; *Emblem Investments Ltd. v. Moretti*, [1969] Que. Q.B. 977; *Frères des Écoles Chrétiennes de Montréal v. DuMesnil*, [1973] C.A. 264; *Ville de Villeneuve v. Drapeau*, [1975] R.P. 309; *Sauvé Construction Ltée v. Langsner-Fuhrer Inc.*, [1976] R.P. 39; *Prévoyants du Canada, Assurance générale, supra*; *Société immobilière du Canada (Vieux Port*

C'est sur cette toile de fond qu'il y a lieu de décider si la Cour d'appel a eu raison, en l'espèce, d'interpréter l'art. 523 C.p.c. de manière à priver l'appelante de son droit d'appel incident.

En premier lieu, il y a lieu de souligner la discrétion que confère l'art. 523 C.p.c. à la Cour d'appel, discrétion aussi large que de «rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties». C'est la règle générale. L'article 523 ne prévoit que deux exceptions: celle relative à l'art. 494 C.p.c. ainsi que celle qui a trait à l'art. 198.1 C.p.c.

Il va de soi que, compte tenu de ce qui précède, la règle générale doit recevoir une interprétation large et libérale et l'exception, au contraire, une interprétation stricte.

On constate, dès le départ, qu'il n'est fait aucune mention de l'art. 500 C.p.c. à l'art. 523 C.p.c. On serait donc tenté de conclure dès maintenant que la règle générale discrétionnaire doit s'appliquer.

Une analyse plus poussée confirmera, selon moi, ce qui paraissait évident à première vue.

Pour conclure, comme le font les intimées, que l'art. 523 C.p.c. prohibe toute prolongation du délai d'appel incident au-delà de six mois depuis la date du jugement, on assimile l'appel incident à l'appel principal, tant sur le plan juridictionnel que sur le plan matériel.

L'argument part du principe que l'appel incident est un appel en soi. Personne ne le nie et la Cour d'appel l'a d'ailleurs affirmé à plusieurs reprises (*Cousineau c. Le Bihan*, [1967] B.R. 945; *Emblem Investments Ltd. c. Moretti*, [1969] B.R. 977; *Frères des Écoles Chrétiennes de Montréal c. DuMesnil*, [1973] C.A. 264; *Ville de Villeneuve c. Drapeau*, [1975] R.P. 309; *Sauvé Construction Ltée c. Langsner-Fuhrer Inc.*, [1976] R.P. 39; *Prévoyants du Canada, Assurance générale*, précité; *Société immobilière du Canada (Vieux-Port de Québec) Inc. c. Éole II Inc.*, [1987] R.D.J. 605)

de Québec Inc. v. Éole II Inc., [1987] R.D.J. 605) as well as by the majority of the Court of Appeal in this case.

However, in my view, the fact that the incidental appeal is a true appeal, an appeal in itself according to the terminology used by the courts, and an appeal which continues to exist in the event that the main appeal is abandoned, does not lead inexorably to the conclusion that a strict time limit governs an incidental appeal, as it does a principal appeal.

In arriving at its conclusion, the Court of Appeal characterized the right of incidental appeal as a substantive right and held that the time limit for exercising it [TRANSLATION] "is an integral part of it and so is a matter of substantive law and not procedure". I do not share this view.

Article 494 *C.C.P.* deals only with the principal appeal and the counter-appeal. Nowhere is there any mention of the incidental appeal, which is governed solely by art. 500 *C.C.P.*

While the time limits set out in art. 494 *C.C.P.* "are peremptory and their expiry extinguishes the right of appeal", there is no such provision in art. 500 *C.C.P.* The latter cannot be "a shorter delay", as mentioned by art. 494, because it does not meet the other condition of being "prescribed in another Act":

A principal appeal brought within the time limits provided for in art. 494 *C.C.P.* confers jurisdiction on the Court of Appeal; conversely, unless the time limit is extended under the second paragraph of art. 523, the Court of Appeal loses its jurisdiction when the time limit has expired. But, once the Court of Appeal acquires its jurisdiction, regardless of whether or not there is an incidental appeal, it keeps it. How then can we speak of a substantive, jurisdictional right in the case of an incidental appeal? If there is no principal appeal, then no incidental appeal is possible, and if the incidental appeal continues to exist once the main appeal has been abandoned, this is only because of the jurisdiction initially conferred by the principal

comme l'a fait la majorité de la Cour d'appel dans le présent appel.

À mon avis, le fait que l'appel incident soit un appel véritable, un appel en soi selon la phraséologie de la jurisprudence, appel qui subsiste au cas d'abandon de l'appel principal, n'entraîne pas nécessairement la conclusion que le délai qui prévaut en matière d'appel principal, qu'on a qualifié de délai de rigueur, soit de même nature que celui qui prévaut en matière d'appel incident.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour d'appel qualifie le droit d'appel incident de droit substantiel et affirme que le délai pour l'exercer «en constitue une partie intégrante et partant tient du droit substantiel et non de la procédure». Je ne partage pas cette façon de voir.

L'article 494 *C.p.c.* s'adresse uniquement à l'appel principal et au contre-appel. Il n'est nullement question de l'appel incident qui, lui, est régi, quant à sa formation, uniquement par l'art. 500 *C.p.c.*

Si les délais prévus à l'art. 494 *C.p.c.* «sont de rigueur et emportent déchéance», rien de tel à l'art. 500 *C.p.c.* Ce dernier ne peut être «un délai plus court» comme le mentionne l'art. 494 parce qu'il ne rencontre pas l'autre condition, soit être «prévu dans une autre loi».

Si l'appel principal formé dans les délais prévus à l'art. 494 *C.p.c.* confère juridiction à la Cour d'appel et, à moins que ce délai ne soit étendu en vertu du deuxième alinéa de l'art. 523, la prive de sa juridiction lorsque le délai est expiré, une fois cette juridiction acquise, peu importe qu'il y ait ou non appel incident, cette juridiction demeure. Comment peut-on alors parler de droit substantif, juridictionnel, dans le cas d'un appel incident? En l'absence d'appel principal, aucun appel incident n'est possible et si l'appel incident subsiste une fois l'appel principal abandonné, ce n'est qu'à cause de la juridiction initialement conférée par l'appel principal. Autrement, une partie, qui aurait pu former dans les délais un contre-appel, juridic-

appeal. Otherwise, a party who could have brought a counter-appeal within the time limits, thereby conferring jurisdiction on the appellate court, would be deprived of a remedy merely because it chose instead to use the procedure of an incidental appeal. ^a

It seems to me that, for these reasons, the legislature never intended to treat the incidental appeal and the principal appeal in the same way and indeed had no reason to do so. Once the principal appeal has been filed within the time limits, the Court of Appeal's jurisdiction is preserved in respect of and against everyone, incidental appellants as well as interveners. As the procedure in art. 500 *C.C.P.* does not fall within either of the two exceptions mentioned in art. 523 and neither logic nor the philosophy underlying the appeal system requires it, there is no need to add to the wording of art. 500 or art. 523, which is to be given a broad, liberal and non-formalistic interpretation. ^b

I therefore conclude that the appellant's alternative argument should succeed. ^c

As the time limit for filing an incidental appeal was neither strict nor determinative of the right of appeal, and art. 500 *C.C.P.* is not within the exceptions provided for in art. 523, the Court of Appeal had the power to exercise the discretion conferred on it by art. 523 *C.C.P.* to "make any order necessary to safeguard the rights of the parties". ^d

4. *Exercise of the Discretion Provided for in Art. 523 C.C.P.* ^e

Since it had the power to do so, should the Court of Appeal have exercised this discretion in the appellant's favour in the circumstances of this appeal? ^f

In *Hamel, supra*, at p. 156, Pigeon J. discussed discretionary powers, precisely that provided for in art. 523 *C.C.P.*: ^g

In my opinion, when all the provisions of the new *Code of Civil Procedure* regarding amendments are read together, it becomes clear that the legislator's real intention was, as the Commissioners suggested, that in appeal as at trial, all amendments needed in order to rule ^h

tionnel, lui, se verrait privée de ses recours du seul fait d'avoir emprunté la voie de l'appel incident.

Il m'apparaît que le législateur, pour ces raisons, n'a jamais voulu assimiler l'appel incident à l'appel principal et n'avait d'ailleurs aucune raison de le faire. Une fois l'appel principal logé dans les délais, la juridiction de la Cour d'appel est préservée envers et contre tous, appelants incidents comme intervenants. L'article 500 *C.p.c.* ne faisant pas partie des deux exceptions mentionnées à l'art. 523 et la logique ainsi que la philosophie sous-jacente au système d'appel ne le requérant pas, il n'y a pas lieu d'ajouter au texte de l'art. 500 ni de l'art. 523 dont l'interprétation se veut large, libérale et non formaliste. ^b

Je conclus donc que l'argument subsidiaire de l'appelante doit être accueilli. ^c

Ayant déterminé que le délai prévu pour loger l'appel incident n'étant ni de rigueur ni de déchéance et l'art. 500 *C.p.c.* ne faisant pas partie des exceptions prévues à l'art. 523, la Cour d'appel avait le pouvoir d'exercer la discrétion que lui confère l'art. 523 *C.p.c.* de «rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties». ^d

4. *Exercice de la discrétion prévue à l'art. 523 C.p.c.* ^e

Munie du pouvoir de le faire, la Cour d'appel devait-elle, dans les circonstances de ce pourvoi, exercer cette discrétion en faveur de l'appelante? ^f

Le juge Pigeon dans l'arrêt *Hamel*, précité, a écrit au sujet d'un pouvoir discrétionnaire, précisément celui prévu à l'art. 523 *C.p.c.*, à la p. 156: ^g

À mon avis, lorsqu'on lit ensemble toutes les dispositions du nouveau *Code de procédure civile* touchant les amendements, il devient évident que le législateur a vraiment voulu, comme les commissaires le suggéraient, que l'on permette aussi bien en appel qu'en première ^h

on the dispute objectively should be allowed; in other words, that procedure be the servant of justice not its mistress. It is true that this is a discretionary power, but it must not be overlooked that this is a judicial discretion. Consequently, the Court is under a duty to exercise it and it is in effect to refuse to exercise it than to do so [sic] on grounds unfounded in law (*Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*). Moreover, even under the former *Code of Civil Procedure*, it was well established that necessary amendments were not to be denied without good reasons. [Emphasis added.]

Like Pigeon J. in the foregoing case, who found no good reason for denying the amendment, Pratte J. in *Cité de Pont Viau, supra*, lists certain criteria favourable to the exercise of the discretion provided for in art. 523 C.C.P., at p. 528:

I am also of opinion that in the circumstances of the case at bar there are grounds for granting appellant the special leave to appeal that is being sought. No fault or negligence is alleged against appellant; the motion for leave was filed with dispatch; respondent does not contend that the appeal is futile; the case that was inscribed and decided at the same time as this one has been appealed. I have no hesitation in saying that this is definitely a case where the discretion provided for in art. 523 C.C.P. should be exercised in favour of the foreclosed party.

Applying these guidelines to the case at bar it is clear that, without the exercise of this discretion, the appellant will be deprived of its right of appeal, an obviously detrimental result. On the other hand, the respondents cannot claim to have suffered any prejudice. The appearance and the notice of incidental appeal were served on them within the prescribed time limit. They were immediately made aware of the appellant's intentions and arguments, and, therefore, did not in fact suffer any prejudice from the filing of this notice at one place rather than at another. In fact, the respondents were never aware of this discrepancy in the record or, at least, took no action to dismiss the incidental appeal. It is the appellant which took steps to rectify the situation.

instance tout amendement nécessaire pour juger le litige objectivement, autrement dit pour que la procédure reste la servante de la justice et n'en devienne jamais la maîtresse. Il est vrai qu'il s'agit ici d'un pouvoir discrétionnaire mais il ne faut pas oublier que c'est d'une discretion judiciaire qu'il s'agit. Par conséquent, le tribunal a le devoir de l'exercer et c'est refuser de l'exercer que d'opposer un refus pour un motif mal fondé en droit (*Smith & Rhuland Ltd. c. La Reine*). D'ailleurs, même sous le régime de l'ancien *Code de procédure*, la jurisprudence était fixée en ce sens que l'on ne doit pas refuser un amendement nécessaire sans motif valable. [Je souligne.]

Tout comme le juge Pigeon, dans l'arrêt ci-dessus, qui n'a trouvé aucun motif valable de refuser l'amendement, le juge Pratte dans l'arrêt *Cité de Pont Viau*, précité, énumère certains critères favorables à l'exercice de la discrétion prévue à l'art. 523 C.p.c., à la p. 528:

Je suis également d'avis qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce d'accorder à l'appelante la permission spéciale d'appeler qu'elle recherche. Aucune faute ou négligence ne lui est reprochée; la requête pour permission a été présentée avec diligence; l'intimée ne prétend pas qu'il s'agit d'un appel futile; la cause qui a été inscrite et jugée en même temps que celle-ci a elle-même été portée en appel. Je n'ai aucune hésitation à dire qu'il s'agit bien ici d'un cas où la discrétion prévue à l'art. 523 C.p.c. doit être exercée de façon favorable à la partie forclosée.

Appliquant ces guides à l'espèce, il est clair que, sans l'exercice de cette discrétion, l'appelante sera privée de son droit d'appel, d'où le préjudice évident. Par contre, les intimées ne sauraient prétendre à un préjudice quelconque. La comparution et l'avis d'appel incident leur ont été signifiées dans le délai prescrit. Elles étaient au courant dès lors des intentions de l'appelante et de ses prétentions et, en conséquence, n'ont subi dans les faits aucun préjudice du dépôt de cet avis à un endroit plutôt qu'à un autre. Ceci est tellement vrai que les intimées ne se sont jamais rendu compte de cette lacune du dossier ou, du moins, n'ont adopté aucune procédure en rejet de l'appel incident. C'est l'appelante qui a fait les démarches pour rectifier la situation.

As was the case in *Bowen, supra*, it would be unfair to deprive a party of its right "where it is possible to rectify the consequences of such error without injustice to the opposing party" (p. 519). Likewise, as in *Cité de Pont Viau, supra*, the respondents are not arguing that this incidental appeal is frivolous. Finally, the conclusion of Lamer J. in *St-Hilaire, supra*, at p. 88, seems to me apposite is the case at bar:

In the case at bar, the opposing party suffered no loss. It received a copy of the pleadings on May 20; it even filed an appearance on appeal and undertook discussion with its opponents in preparation of the case on appeal. I do not consider that the fact that the filing was in the record rather than in the registry could in any way prejudice respondent; however, it has drastic consequences for appellants.

In my view, and as Malouf J.A. properly pointed out, there is no reason in this case not to exercise in the appellant's favour the discretion provided for in art. 523 C.C.P. As the Court of Appeal did not exercise it, this Court must make the decision the Court of Appeal should have made in this regard.

I would accordingly allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and grant the appellant special leave to file with the Quebec Appeals Office, district of Québec, its appearance and notice of incidental appeal within ten days of the date of this judgment.

The costs of this appeal and of the appellant's motion in the Court of Appeal will be borne by the appellant.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Pothier, Bégin & Associés, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents: Alain, Tardif & Associés, Québec.

Comme c'était le cas dans l'arrêt *Bowen*, précité, il serait injuste de priver une partie de son droit «lorsqu'il est possible de remédier aux conséquences de cette erreur sans injustice à l'égard de la partie adverse» (p. 519). De même, comme dans l'arrêt *Cité de Pont Viau*, précité, les intimées ne prétendent pas qu'il s'agit d'un appel incident futile. Finalement, les conclusions du juge Lamer dans l'arrêt *St-Hilaire*, précité, me paraissent applicables à l'espèce, à la p. 88:

Dans le cas qui nous occupe, la partie adverse n'a pas subi de préjudice. Elle a reçu copie des procédures dès le 20 mai; elle a même comparu en appel et entamé des pourparlers avec ses adversaires pour la confection du dossier en appel. Je ne vois dans le fait que la production fut faite au dossier plutôt qu'au greffe rien qui puisse causer à l'intimé un préjudice; par contre les conséquences sont drastiques pour les appelants.

Comme le souligne avec justesse le juge Malouf, il n'existe ici, à mon avis, aucun motif de refuser d'exercer la discrétion prévue à l'art. 523 C.p.c. en faveur de l'appelante. La Cour d'appel ne l'ayant pas exercée, il y a lieu pour nous de rendre la décision que la Cour d'appel aurait dû rendre à cet égard.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et d'accorder à l'appelante une permission spéciale pour produire au greffe des appels du Québec, district de Québec, sa comparution et son avis d'appel incident dans les dix jours de la date du présent jugement.

Quant aux dépens du présent pourvoi et de ceux de la requête de l'appelante devant la Cour d'appel, ils seront à la charge de l'appelante.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Pothier, Bégin & Associés, Ste-Foy.

Procureurs des intimées: Alain, Tardif & Associés, Québec.

The Life Underwriters Association of Canada/ L'Association des assureurs-vie du Canada *Appellant*

v.

L'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec and the Attorney General of Quebec *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba and the Canadian Institute of Actuaries *Interveners*

INDEXED AS: LIFE UNDERWRITERS ASSN. OF CANADA v. PROVINCIAL ASSN. OF QUEBEC LIFE UNDERWRITERS

File No.: 22109.

1992: February 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Division of powers — Insurance — Life insurance agents association incorporated by federal statute conferring a title — Power to regulate activity provincial — Conferring and holding of a title a neutral act and not necessarily tied to regulation of a profession and therefore not constrained by division of powers — Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, c. 104, s. 2(e).

Statutes and Regulations Cited

Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, c. 104, s. 2(e).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 500, 33 C.P.R. (3d) 293, 112 N.R. 34, 49 B.L.R. 225, allowing in part an appeal from a judgment of Dubé J., [1989] 1 F.C. 570, 22 C.P.R. (3d) 1, 33 C.C.L.I. 62, 19 C.I.P.R.

The Life Underwriters Association of Canada/L'Association des assureurs-vie du Canada *Appelante*

c.

L'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec et le procureur général du Québec *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba et l'Institut canadien des actuaires *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ASSOC. DES ASSUREURS-VIE DU CANADA c. ASSOC. PROVINCIALE DES ASSUREURS-VIE DU QUÉBEC

N° du greffe: 22109.

1992: 26 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Assurance — Titre conféré par une association d'assureurs-vie à charte fédérale — Pouvoir de réglementer une activité provinciale — Conférer et détenir un titre constitue un acte neutre qui n'est pas nécessairement lié à la réglementation d'une profession et qui n'est donc pas limité par le partage des pouvoirs — Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, ch. 104, art. 2e).

Lois et règlements cités

Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, ch. 104, art. 2e).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 500, 33 C.P.R. (3d) 293, 112 N.R. 34, 49 B.L.R. 225, qui a accueilli en partie l'appel interjeté contre une décision du juge Dubé, [1989] 1 C.F. 570, 22 C.P.R. (3d) 1,

261, dismissing the action and striking appellant's trade marks. Appeal allowed.

Roger T. Hughes, Q.C., and Stephen M. Lane, ^a for the appellant.

Huges G. Richard, for the respondent l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec.

Alain Gingras, for the respondent the Attorney General of Quebec.

James M. Mabbutt, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada. ^c

Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba. ^d

Raynold Langlois, Q.C., and Siri Genik, for the intervener Canadian Institute of Actuaries.

The judgment of the Court was delivered orally by ^e

LA FOREST J.—The Court is ready to hand down judgment. We are all of the view that the appeal should be allowed for the reasons given by the dissenting judge, Marceau J.A., of the Federal Court of Appeal in the following passage from his reasons, [1990] 3 F.C. 500, at p. 510:

I do not see why the mere conferring of a title would, under the Constitution, be reserved exclusively to the legislative power having authority to regulate the profession to which the title could be somehow related. To be called professional, it seems to me, a title, like a certificate, must be directly linked to the exercise of the profession; it must have consequences as to the right and ability of its holder to practice *[sic]* the profession. The conferring and holding of a professional title in that sense may, of course, be part of the regulation of the profession, but otherwise the conferring and holding of a title is a neutral act, it seems to me, unconstrained by the division of powers. ^g

The appeal is, therefore, allowed with costs against the Attorney General of Quebec. The judgment of the Federal Court of Appeal is set aside in so far as it holds unconstitutional s. 2(e) of the Act ^j

33 C.C.L.I. 62, 19 C.I.P.R. 261, qui avait rejeté l'action et radié les marques de commerce de l'appelante. Pourvoi accueilli.

Roger T. Hughes, c.r., et Stephen M. Lane, pour l'appelante.

Huges G. Richard, pour l'intimée l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec. ^b

Alain Gingras, pour l'intimé le procureur général du Québec.

James M. Mabbutt, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Raynold Langlois, c.r., et Siri Genik, pour l'intervenant l'Institut canadien des actuaires.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST—La Cour est prête à rendre jugement. Nous sommes tous d'avis d'accueillir l'appel pour les motifs dissidents du juge Marceau de la Cour d'appel fédérale exprimés dans l'extrait suivant, [1990] 3 C.F. 500, à la p. 510:

Je ne vois pas pourquoi le simple fait de conférer un titre serait, en vertu de la constitution, réservé exclusivement au pouvoir législatif habilité à réglementer la profession auquel le titre pourrait de quelque façon être relié. Pour être qualifié de professionnel, un titre, tel un certificat, doit, me semble-t-il, être directement lié à l'exercice de la profession; il doit avoir des conséquences quant au droit et à la capacité de son titulaire de pratiquer la profession. Le fait de conférer et de détenir un titre professionnel en ce sens peut, bien sûr, faire partie de la réglementation de la profession mais autrement, il s'agit d'un acte neutre qui, me semble-t-il, n'est pas limité par le partage des pouvoirs. ^h

L'appel est donc accueilli avec dépens contre le procureur général du Québec. La décision de la Cour d'appel fédérale est renversée en autant qu'elle déclare inconstitutionnel l'al. 2e) de la Loi ⁱ

to incorporate *The Life Underwriters' Association of Canada*, S.C. 1924, c. 104, and that provision is declared *intra vires* the Parliament of Canada.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Sim, Hughes, Dimock, Toronto.

Solicitors for the respondent l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec: Leger, Robic & Richard, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Deputy Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Institute of Actuaries: Langlois Robert, Montréal.

constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, ch. 104. Cette disposition est déclarée *intra vires* du Parlement du Canada.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Sim, Hughes, Dimock, Toronto.

Procureurs de l'intimée l'Association des intermédiaires en assurance de personnes du Québec: Léger, Robic & Richard, Montréal.

Procureur de l'intimé le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le sous-procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant l'Institut canadien des actuaires: Langlois Robert, Montréal.

Donald Victor Butler *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, Canadian Civil Liberties Association, Manitoba Association for Rights and Liberties, British Columbia Civil Liberties Association, Women's Legal Education and Action Fund and G.A.P. (Group Against Pornography) Inc. *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. BUTLER

File No.: 22191.

1991: June 6; 1992: February 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Constitutional law — Freedom of expression — Obscenity — Obscene materials — Whether definition of obscenity in Criminal Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).

Criminal law — Obscenity — Obscene materials — Whether definition of obscenity in Criminal Code infringes freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).

The accused owned a shop selling and renting "hard core" videotapes and magazines as well as sexual para-

Donald Victor Butler *Appelant*

c.

^a Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

^b Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, ^c l'Association canadienne des libertés civiles, l'Association manitobaine des droits et libertés, la British Columbia Civil Liberties Association, le Fonds d'action et ^d d'éducation juridiques pour les femmes et le G.A.P. (Group Against Pornography) Inc. *Intervenants*

^e RÉPERTORIÉ: R. c. BUTLER

N° du greffe: 22191.

1991: 6 juin; 1992: 27 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

^g *Droit constitutionnel — Liberté d'expression — Obscénité — Matériel obscène — La définition de l'obscénité du Code criminel viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).*

^h *Droit criminel — Obscénité — Matériel obscène — La définition de l'obscénité du Code criminel viole-t-elle le droit à la liberté d'expression garanti à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).*

^j L'accusé était propriétaire d'une boutique où il vendait et louait des vidéocassettes et des magazines de por-

phernalia. He was charged with various counts of selling obscene material, possessing obscene material for the purpose of distribution or sale, and exposing obscene material to public view, contrary to s. 159 (now s. 163) of the *Criminal Code*. Section 163(8) of the *Code* provides that "any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of . . . crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene". The trial judge concluded that the obscene material was protected by the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that *prima facie* only those materials which contained scenes involving violence or cruelty intermingled with sexual activity or depicted lack of consent to sexual contact or otherwise could be said to dehumanize men or women in a sexual context were legitimately proscribed under s. 1. He convicted the accused on eight counts relating to eight films and entered acquittals on the remaining charges. The Crown appealed the acquittals. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed the appeal and entered convictions with respect to all the counts. The majority concluded that the materials in question fell outside the protection of the *Charter* since they constituted purely physical activity and involved the undue exploitation of sex and the degradation of human sexuality.

Held: The appeal should be allowed and a new trial directed on all charges. Section 163 of the *Criminal Code* infringes s. 2(b) of the *Charter* but can be justified under s. 1 of the *Charter*.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: While the constitutional questions as stated concern s. 163 in its entirety, this appeal should be confined to an examination of the constitutional validity of the definition of obscenity in s. 163(8). Section 163(8) provides an exhaustive test of obscenity with respect to publications and objects which exploit sex as a dominant characteristic. In order for a work or material to qualify as "obscene", the exploitation of sex must not only be its dominant characteristic, but such exploitation must be "undue". The courts have attempted to formulate workable tests to determine when the exploitation of sex is "undue". The most important of these is the "community standard of tolerance" test. This test is concerned

nographie intégrale ainsi que des accessoires à caractère sexuel. Il a été accusé sous divers chefs d'accusation de vente de matériel obscène, de possession de matériel obscène à des fins de distribution ou de vente et sous un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène, en contravention de l'art. 159 (maintenant l'art. 163) du *Code criminel*. Le paragraphe 163(8) du *Code* dispose que: «. . . est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.» Le juge du procès a conclu que le matériel obscène était protégé par la garantie de liberté d'expression reconnue à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'à première vue, l'article premier n'interdit légitimement que le matériel qui renferme des scènes de violence ou de cruauté, accompagnées d'activités sexuelles ou illustrant une absence de consentement au contact sexuel ou toute autre activité considérée comme déshumanisante pour les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. Il a déclaré l'accusé coupable relativement à huit chefs d'accusation concernant huit films et l'a acquitté relativement aux autres accusations. Le ministère public a interjeté appel contre les acquittements. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel et déclaré l'appelant coupable relativement à tous les chefs d'accusation. La cour à la majorité a conclu que le matériel en question sort du champ de protection de la *Charte* puisqu'il représente une activité «purement physique» et consiste dans l'exploitation indue des choses sexuelles et dans la dégradation de la sexualité humaine.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné relativement à toutes les accusations. L'article 163 du *Code criminel* viole l'al. 2b) de la *Charte* mais peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: Bien que les questions constitutionnelles énoncées visent l'art. 163 dans son ensemble, le présent pourvoi devrait être limité à l'analyse de la constitutionnalité du par. 163(8). Le paragraphe 163(8) fournit une définition exhaustive de l'obscénité en matière de publications et d'objets dont la caractéristique dominante est l'exploitation des choses sexuelles. Pour que l'ouvrage ou le matériel soit qualifié d'«obscène», l'exploitation des choses sexuelles doit non seulement en constituer la caractéristique dominante, mais elle doit également être «indue». Pour déterminer quand l'exploitation des choses sexuelles est «indue», les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le

not with what Canadians would not tolerate being exposed to themselves, but with what they would not tolerate other Canadians being exposed to. There has been a growing recognition in recent cases that material which may be said to exploit sex in a “degrading or dehumanizing” manner will necessarily fail the community standards test, not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly women. In the appreciation of whether material is degrading or dehumanizing, the appearance of consent is not necessarily determinative. The last step in the analysis of whether the exploitation of sex is undue is the “internal necessities” test or artistic defence. Even material which by itself offends community standards will not be considered “undue” if it is required for the serious treatment of a theme. Thus far the jurisprudence has failed to specify the relationship of these tests to each other.

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes persons to act in an anti-social manner, in other words, a manner which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. The stronger the inference of a risk of harm, the lesser the likelihood of tolerance. The portrayal of sex coupled with violence will almost always constitute the undue exploitation of sex. Explicit sex which is degrading or dehumanizing may be undue if the risk of harm is substantial. Explicit sex that is not violent and neither degrading nor dehumanizing is generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production. If material is not obscene under this framework, it does not become so by reason of the person to whom it is or may be shown or by reason of the place or manner in which it is shown.

The need to apply the “internal necessities” test arises only if a work contains sexually explicit material that by itself would constitute the undue exploitation of sex. The portrayal of sex must then be viewed in context to determine whether undue exploitation of sex is the main object of the work or whether the portrayal of sex is

critère de la «norme sociale de tolérance». Ce critère vise non pas ce que les Canadiens ne toléreraient pas eux-mêmes de voir, mais bien ce qu'ils ne toléreraient pas que les autres Canadiens voient. Il est de plus en plus reconnu dans la jurisprudence récente que le matériel dont on peut dire qu'il exploite les choses sexuelles d'une façon «dégradante ou déshumanisante» échouera nécessairement face au critère des normes sociales, non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est perçu comme nocif pour la société, notamment pour les femmes. Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante. Le critère des «besoins internes» ou le moyen de défense fondée sur la valeur artistique est la dernière étape de l'analyse de la question de savoir si l'exploitation des choses sexuelles est indue. Même le matériel qui contrevient en soi aux normes sociales ne sera pas considéré comme «indu», s'il est requis pour traiter un thème sérieusement. Jusqu'à maintenant, la jurisprudence ne précise pas la corrélation qui existe entre ces critères.

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale, c'est-à-dire d'une manière que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. La représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constituera presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants. Si, dans ce cadre, le matériel n'est pas obscène, il ne le devient pas en raison de la personne qui le voit ou risque de le voir ni de l'endroit ou de la façon dont il est présenté.

Il faut appliquer le critère des «besoins internes» seulement si une œuvre renferme du matériel sexuellement explicite qui, en lui-même, constituerait une exploitation indue des choses sexuelles. Il faut situer la représentation de choses sexuelles dans son contexte pour déterminer si l'exploitation indue de choses sexuelles constitue

essential to a wider artistic, literary or other similar purpose. The court must determine whether the sexually explicit material when viewed in the context of the whole work would be tolerated by the community as a whole. Any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression.

Section 163 of the *Code* seeks to prohibit certain types of expressive activity and thereby infringes s. 2(b) of the *Charter*. Activities cannot be excluded from the scope of the guaranteed freedom on the basis of the content or meaning being conveyed.

The infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*. Section 163(8), as interpreted in prior judgments and supplemented by these reasons, prescribes an intelligible standard. The overriding objective of s. 163 is not moral disapprobation but the avoidance of harm to society, and this is a sufficiently pressing and substantial concern to warrant a restriction on freedom of expression. One does not have to resort to the "shifting purpose" doctrine in order to identify the objective as the avoidance of harm to society. There is a sufficiently rational link between the criminal sanction, which demonstrates our community's disapproval of the dissemination of materials which potentially victimize women and restricts the negative influence which such materials have on changes in attitudes and behaviour, and the objective. While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs. Section 163 of the *Code* minimally impairs freedom of expression. It does not proscribe sexually explicit erotica without violence that is not degrading or dehumanizing, but is designed to catch material that creates a risk of harm to society. Materials which have scientific, artistic or literary merit are not caught by the provision. Since the attempt to provide exhaustive instances of obscenity has been shown to be destined to fail, the only practical alternative is to strive towards a more abstract definition of obscenity which is contextually sensitive. The standard of "undue exploitation" is thus appropriate. Further, it is only the public distribution and exhibition of obscene materials which is in issue here. Given the gravity of the harm, and the threat to the values at stake, there is no alternative equal to the measure chosen by Parliament. Serious social problems such as violence against women require multi-pronged approaches by government; education and legislation are not alternatives but complements in addressing such problems. Finally, the effects of the law do not so severely trench

l'objet principal de l'œuvre ou si cette représentation des choses sexuelles est essentielle à une fin artistique ou littéraire plus générale ou à une autre fin semblable. Le tribunal doit déterminer si le matériel sexuellement explicite, envisagé dans le contexte de l'ensemble de l'œuvre, serait toléré par l'ensemble de la société. Tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression.

L'article 163 du *Code* cherche à interdire certains types d'activités expressives et viole, de ce fait, l'al. 2b) de la *Charte*. Des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté garantie en raison du contenu ou du message transmis.

La violation est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'interprétation du par. 163(8) dans les décisions antérieures, que viennent compléter les présents motifs, permet de formuler une norme intelligible. L'article 163 vise avant tout non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société, ce qui constitue une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction de la liberté d'expression. Il n'est pas nécessaire de recourir à la théorie de l'«objet changeant» pour décrire l'objectif de la disposition comme étant d'éviter qu'un préjudice soit causé. Il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement. Bien qu'il puisse être difficile d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance. L'article 163 du *Code* porte atteinte le moins possible à la liberté d'expression. Il n'interdit pas le matériel érotique sexuellement explicite qui ne comporte pas de violence et qui n'est ni dégradant ni déshumanisant, mais il est conçu de manière à viser le matériel qui crée un risque de préjudice pour la société. Le matériel qui a une valeur scientifique, artistique ou littéraire n'est pas visé par la disposition. Puisqu'il s'est avéré que la tentative de donner des exemples exhaustifs d'obscénité ne pouvait qu'échouer, la seule solution pratique est d'établir une définition plus abstraite de l'obscénité, qui tiendra compte du contexte. La norme de l'«exploitation indue» est donc appropriée. Le présent pourvoi vise seulement la distribution au public et le fait d'exposer à la vue du public du matériel obscène. Compte tenu de la gravité du préjudice et de la menace pour les valeurs en jeu, la mesure retenue par le Parle-

on the protected right that the legislative objective is outweighed by the infringement.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Sopinka J.'s reasons were generally agreed with, subject to the following comments. The subject matter of s. 163 of the *Code*, obscene materials, comprises the dual elements of representation and content, and it is the combination of the two that attracts criminal liability. Obscenity is not limited to the acts prohibited in the *Code*: Parliament ascribed a broader content to it because it involves a representation. Obscenity leads to many ills. Obscene materials convey a distorted image of human sexuality, by making public and open elements of human nature that are usually hidden behind a veil of modesty and privacy. These materials are often evidence of the commission of reprehensible actions in their making, and can induce attitudinal changes which may lead to abuse and harm.

Parliament through s. 163 prohibits, and does not regulate, the circulation of obscene materials. In determining whether they are obscene, the impugned materials must therefore be presumed available to the Canadian public at large, since restrictions on availability are the result of regulatory measures which fall outside the purview of these provisions.

Explicit sex with violence will generally constitute undue exploitation of sex, and explicit sex that is degrading or dehumanizing will be undue if it creates a substantial risk of harm, as outlined by Sopinka J. Explicit sex that is neither violent nor degrading or dehumanizing may also come within the definition of obscene in s. 163(8). While the content of this category of materials is generally perceived as unlikely to cause harm, there are exceptions, such as child pornography. As well, it is quite conceivable that the representation may cause harm, even if its content as such is not seen as harmful. While the actual audience to which the materials are presented is not relevant, the manner of representation can greatly contribute to the deformation of sexuality, through the loss of its humanity, and make it socially harmful. The likelihood of harm, and the tol-

ment n'est comparable à aucune autre. Des problèmes sociaux graves comme la violence faite aux femmes requièrent l'adoption par le gouvernement de solutions à plusieurs volets. La formation et la législation constituent non pas des solutions de rechange, mais se complètent pour faire face à ces problèmes. Enfin, les effets de la disposition législative n'empiètent pas tellement sur un droit garanti que l'objectif législatif cède le pas à l'atteinte portée à ce droit.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les juges souscrivent aux motifs invoqués généralement par le juge Sopinka, sous réserve des commentaires suivants. L'objet de l'art. 163 du *Code*, le matériel obscène, comporte deux éléments: la représentation et le contenu, et c'est la conjonction des deux, qui entraîne la responsabilité criminelle. L'obscénité va au-delà des actes interdits dans le *Code*: le Parlement a attribué un contenu plus large à l'obscénité parce qu'elle comporte une représentation. L'obscénité est à la source de nombreux maux. Le matériel obscène transmet une image déformée de la sexualité humaine, en rendant publics des éléments de la nature humaine qui sont habituellement dissimulés derrière un voile de pudeur et d'intimité. Ce matériel constitue souvent la preuve que l'on est en train de commettre des actes répréhensibles et il peut entraîner des changements d'attitude, qui peuvent donner lieu à des abus et à des préjudices.

Par l'art. 163, le Parlement ne fait qu'interdire, et ne réglemente pas, la mise en circulation du matériel obscène. Lorsqu'il s'agit de déterminer si le matériel est obscène, il faut en conséquence présumer que le matériel attaqué est accessible à l'ensemble du public canadien puisque toute restriction à l'accessibilité résulte de mesures réglementaires qui excèdent la portée de ces dispositions.

Comme l'énonce le juge Sopinka, les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, constitueront généralement une exploitation indue des choses sexuelles et les choses sexuelles dégradantes ou déshumanisantes constitueront une exploitation indue des choses sexuelles lorsqu'elles créent un risque de préjudice important. Les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes, peuvent aussi être visées par la définition de l'obscénité au par. 163(8). Bien que l'on considère généralement que le contenu de cette catégorie de matériel risque peu de causer un préjudice, il existe des exceptions comme celle de la pornographie mettant en cause des enfants. En outre, il est tout à fait concevable que la représentation puisse être nocive, même dans le cas où son contenu peut être jugé inoffensif. Bien que

erance of the community, may vary according to the medium of representation, even if the content stays the same. The overall type or use of the representation may also be relevant. The assessment of the risk of harm here depends on the tolerance of the community. If the community cannot tolerate the risk of harm, then the materials, even though they may offer a non-violent, non-degrading, non-dehumanizing content, will constitute undue exploitation of sex and fall within the definition of obscenity.

Section 163 of the *Code* is aimed at preventing harm to society, a moral objective that is valid under s. 1 of the *Charter*. The avoidance of harm to society is but one instance of a fundamental conception of morality. In order to warrant an override of *Charter* rights the moral claims must be grounded; they must involve concrete problems such as life, harm and well-being, and not merely differences of opinion or taste. A consensus must also exist among the population on these claims. The avoidance of harm caused to society through attitudinal changes certainly qualifies as a fundamental conception of morality. It is well grounded, since the harm takes the form of violations of the principles of human equality and dignity.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; referred to: *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951; *Germain v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 241; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Close*, [1948] V.L.R. 445; *R. v. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323; *R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486; *R. v. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274; *R. v. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49; *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *R. v. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585; *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. v. Dominion News & Gifts*

l'auditoire auquel est présenté le matériel soit sans importance, le mode de représentation du matériel peut grandement contribuer à la déformation de la sexualité, en lui faisant perdre son caractère humain et le rendre nocif pour la société. La probabilité de préjudice et la tolérance de la société peuvent varier en fonction du moyen d'expression, même si le contenu demeure le même. Le type général de la représentation ou l'utilisation globale qu'on en fait peuvent être aussi pertinents. L'évaluation du risque de préjudice en l'espèce dépend de la tolérance de la société. Si la société ne peut tolérer ce risque de préjudice, le matériel, quoique son contenu puisse être ni violent, ni dégradant ou déshumanisant, constituera une exploitation indue des choses sexuelles et sera visé par la définition de l'obscénité.

L'article 163 du *Code* vise à empêcher qu'un préjudice soit causé à la société, objectif moral valide selon l'article premier de la *Charte*. Le fait d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société n'est qu'un exemple de conception fondamentale de la moralité. Afin de justifier la suppression de droits garantis par la *Charte*, les prétentions morales doivent être fondées; elles doivent porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être et il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Il doit aussi exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Éviter qu'un préjudice soit causé à la société par suite de changements d'attitude représente certainement une conception fondamentale de la moralité. C'est là un objectif bien fondé puisque le préjudice réside dans une violation des principes d'égalité et de dignité humaines.

Jurisprudence

8 Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; arrêts mentionnés: *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951; *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422; *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Close*, [1948] V.L.R. 445; *R. c. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323; *R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. c. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486; *R. c. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274; *R. c. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49; *R. c. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *R. c. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585; *R. c. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307; *R. c. Dominion News & Gifts*

(1962) Ltd., [1963] 2 C.C.C. 103; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972); *R. v. Rioux*, [1969] S.C.R. 599, [1970] 3 C.C.C. 149.

(1962) Ltd., [1963] 2 C.C.C. 103; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. c. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972); *R. c. Rioux*, [1969] R.C.S. 599.

By Gonthier J.

Citée par le juge Gonthier

Considered: *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; **referred to:** *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *Hawkshaw v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 668; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; Eur. Court H. R., *Handyside Case*, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24; Eur. Court H. R., *Case of Müller and Others*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697.

Arrêt examiné: *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230; *R. c. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428; *Hawkshaw c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 668; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; Cour Eur. D. H., *Affaire Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24; Cour Eur. D. H., *Affaire de Müller et autres*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code, S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 13, s. 1.
Act to amend the Criminal Code, S.C. 1959, c. 41, s. 11.
Agreement for the Suppression of the Circulation of Obscene Publications, May 4, 1910, as amended by the Protocol of May 4, 1949, Can. T.S. 1951 No. 34.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 28.
Convention for the Suppression of the Circulation of and Traffic in Obscene Publications, September 12, 1923, as amended by the Protocol of November 12, 1947, Can. T.S. 1951, No. 33.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 159(1)(a), (2)(a).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151, 153, 155, 159, 160, 163(1)(a), (2)(a), (6), (8), 167, 168, 173, 175, 182, 271, 272, 273.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 150.

Lois et règlements cités

Accord relatif à la répression de la circulation des publications obscènes, 4 mai 1910, modifié par le Protocole du 4 mai 1949, R.T. Can. 1951 n° 34.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 28.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151, 153, 155, 159, 160, 163(1)a), (2)a), (6), (8), 167, 168, 173, 175, 182, 271, 272, 273.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 159(1)a), (2)a).
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 179.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 222, art. 10.
Convention pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes, 12 septembre 1923, modifié par le Protocole du 12 novembre 1947, R.T. Can. 1951, n° 33.

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 179.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222, art. 10.

Authors Cited

Australia. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Report of the Joint Select Committee on Video Material*, vol. 1. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1988.

Beckton, Clare. "Freedom of Expression (s. 2(b))". In *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gerald-A. Beaudoin. Toronto: Carswell, 1982.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Report on Pornography*. Issue No. 18 (March 22, 1978).

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution*, vol. 1. Ottawa: Supply and Services, 1985.

Downs, Donald Alexander. *The New Politics of Pornography*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

Dyzenhaus, David. "Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality" (1991), 1 C.R. (4th) 367.

Gardbaum, Stephen A. "Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350.

Municipality of Metropolitan Toronto. Task Force on Public Violence Against Women and Children. *Final Report*. Toronto: The Task Force, 1984.

New Zealand. Ministerial Committee of Inquiry into Pornography. *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography*. Wellington: The Committee, 1988.

Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. XIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "represent", "representation".

United States. Attorney General's Commission on Pornography. *Final Report*, vol. 1. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1986.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1990), 60 C.C.C. (3d) 219, [1991] 1 W.W.R. 97, 1 C.R. (4th) 309, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittals by Wright J. (1989), 60 Man. R. (2d) 82, 50 C.C.C. (3d) 97, [1989] 6 W.W.R. 35, 72 C.R. (3d) 18,

Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1959, ch. 41, art. 11.
Loi modifiant le Code criminel, S.C. 1949 (2^e sess.), ch. 13, art. 1.

Doctrine citée

Australie. Parliament of the Commonwealth of Australia. *Report of the Joint Select Committee on Video Material*, vol. 1. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1988.

Beckton, Clare. «La liberté d'expression (al. 2b)», dans Tarnopolsky et Beaudoin (éd.), *La Charte canadienne des droits et libertés* (1982). Révisé par Walter S. Tarnopolsky et Gerald-A. Beaudoin. Toronto: Carswell, 1982.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. *Rapport sur la pornographie*. N° 18 (22 mars 1978).

Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution*, vol. 1. Ottawa: Approvisionnement et Services, 1985.

Downs, Donald Alexander. *The New Politics of Pornography*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth, 1977.

Dyzenhaus, David. «Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality» (1991), 1 C.R. (4th) 367.

États-Unis. Attorney General's Commission on Pornography. *Final Report*, vol. 1. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1986.

Gardbaum, Stephen A. «Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All» (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350.

Municipalité du Toronto métropolitain. Task Force on Public Violence Against Women and Children. *Final Report*. Toronto: The Task Force, 1984.

Nouvelle-Zélande. Ministerial Committee of Inquiry into Pornography. *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography*. Wellington: The Committee, 1988.

Oxford English Dictionary, 2nd ed., vol. XIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, «represent», «representation».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1990), 60 C.C.C. (3d) 219, [1991] 1 W.W.R. 97, 1 C.R. (4th) 309, qui a accueilli l'appel du ministère public contre les acquittements de l'accusé par le juge Wright (1989), 60 Man. R. (2d) 82, 50 C.C.C. (3d) 97, [1989]

46 C.R.R. 124, on obscenity charges. Appeal allowed.

George A. Derwin, for the appellant.

V. E. Toews and *Robert Morrison*, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener the Attorney General of Canada.

David B. Butt, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Frank A. V. Falzon, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

No one appeared for the intervener the Attorney General for Alberta.

Sheila Block, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association and Manitoba Association for Rights and Liberties.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the intervener British Columbia Civil Liberties Association.

Kathleen E. Mahoney and *Linda A. Taylor*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund.

David G. Newman, for the intervener G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal calls into question the constitutionality of the obscenity provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163. They are attacked on the ground that they contravene s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The case requires the Court to address one of the most difficult and controversial of contemporary issues, that of determining whether, and

6 W.W.R. 35, 72 C.R. (3d) 18, 46 C.R.R. 124, relativement à des accusations en matière d'obscénité. Pourvoi accueilli.

George A. Derwin, pour l'appelant.

V. E. Toews et *Robert Morrison*, pour l'intimée.

Bernard Laprade, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David B. Butt, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Frank A. V. Falzon, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Sheila Block, pour les intervenantes l'Association canadienne des libertés civiles et l'Association manitobaine des droits et libertés.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Kathleen E. Mahoney et *Linda A. Taylor*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

David G. Newman, pour l'intervenant le G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi soulève la constitutionnalité des dispositions en matière d'obscénité du *Code Criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163. Ces dispositions sont contestées pour le motif qu'elles contreviennent à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans ce pourvoi, notre Cour est appelée à analyser l'une des questions contemporaines les plus épineuses et

to what extent, Parliament may legitimately criminalize obscenity. I propose to begin with a review of the facts which gave rise to this appeal, as well of the proceedings in the lower courts.

1. Facts and Proceedings

In August 1987, the appellant, Donald Victor Butler, opened the Avenue Video Boutique located in Winnipeg, Manitoba. The shop sells and rents "hard core" videotapes and magazines as well as sexual paraphernalia. Outside the store is a sign which reads:

"Avenue Video Boutique; a private members only adult video/visual club.

Notice: if sex oriented material offends you, please do not enter.

No admittance to persons under 18 years.

On August 21, 1987, the City of Winnipeg Police entered the appellant's store with a search warrant and seized all the inventory. The appellant was charged with 173 counts in the first indictment: three counts of selling obscene material contrary to s. 159(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 163(2)(a)), 41 counts of possessing obscene material for the purpose of distribution contrary to s. 159(1)(a) (now s. 163(1)(a)) of the *Criminal Code*, 128 counts of possessing obscene material for the purpose of sale contrary to s. 159(2)(a) of the *Criminal Code* and one count of exposing obscene material to public view contrary to s. 159(2)(a) of the *Criminal Code*.

On October 19, 1987, the appellant reopened the store at the same location. As a result of a police operation a search warrant was executed on October 29, 1987, resulting in the arrest of an employee, Norma McCord. The appellant was arrested at a later date.

A joint indictment was laid against the appellant doing business as Avenue Video Boutique and

controversées, celle qui consiste à déterminer si et dans quelle mesure le Parlement peut légitimement criminaliser l'obscénité. Je me propose de commencer par un examen des faits à l'origine du présent pourvoi et des procédures devant les tribunaux d'instance inférieure.

1. Les faits et les procédures

En août 1987, l'appelant, Donald Victor Butler, a ouvert l'Avenue Video Boutique, à Winnipeg, au Manitoba. Il vend dans cette boutique des vidéocassettes et des magazines de pornographie intégrale ainsi que des accessoires de caractère sexuel. L'enseigne suivante se trouve à l'extérieur de la boutique:

[TRADUCTION] «Avenue Video Boutique; club privé de matériel vidéo et visuel pour adultes seulement.

Avertissement: si le matériel de caractère sexuel vous choque, n'entrez pas.

Entrée interdite aux personnes de moins de 18 ans.

Le 21 août 1987, la police de la ville de Winnipeg, munie d'un mandat de perquisition, est entrée dans la boutique de l'appelant et en a saisi tout le stock. L'appelant a fait l'objet de 173 chefs d'accusation dans le premier acte d'accusation: trois chefs de vente de matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 163(2)a)), 41 chefs de possession de matériel obscène à des fins de distribution en violation de l'al. 159(1)a) (maintenant l'al. 163(1)a)) du *Code criminel*, 128 chefs de possession de matériel obscène à des fins de vente en violation de l'al. 159(2)a) du *Code criminel* et un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a) du *Code criminel*.

Le 19 octobre 1987, l'appelant a rouvert sa boutique au même endroit. La police y a exécuté un mandat de perquisition le 29 octobre 1987 et a arrêté une employée, Norma McCord. L'appelant a été arrêté plus tard.

Un acte d'accusation conjoint a été déposé contre l'appelant exploitant un commerce appelé Ave-

Norma McCord. The joint indictment contains 77 counts under s. 159 (now s. 163) of the *Criminal Code*: two counts of selling obscene material contrary to s. 159(2)(a), 73 counts of possessing obscene material for the purpose of distribution contrary to s. 159(1)(a), one count of possessing obscene material for the purpose of sale contrary to s. 159(2)(a) and one count of exposing obscene material to public view contrary to s. 159(2)(a).

The trial judge convicted the appellant on eight counts relating to eight films. Convictions were entered against the co-accused McCord with respect to two counts relating to two of the films. Fines of \$1,000 per offence were imposed on the appellant. Acquittals were entered on the remaining charges.

The Crown appealed the 242 acquittals with respect to the appellant and the appellant cross-appealed the convictions. The majority of the Manitoba Court of Appeal allowed the appeal of the Crown and entered convictions for the appellant with respect to all of the counts, Twaddle and Helper J.J.A. dissenting.

Court of Queen's Bench (1989), 50 C.C.C. (3d) 97

Wright J. first considered whether the materials were obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. He noted that Canadian courts have interpreted the application of the "community standards" test to mean that as long as the trier of fact does not apply his or her subjective personal views but seeks objectively to ascertain the community standard, he or she may resolve that issue simply by drawing on his or her "experience". Wright J. expressed serious difficulties in applying the community standards test, stating that to render a factual decision on the basis of experience is contrary to the judicial role and that he regards his own views drawn from his "experience" to be unreliable. However, Wright J. was able to con-

nue *Video Boutique* et contre Norma McCord. Cet acte d'accusation renferme 77 chefs d'accusation portés en vertu de l'art. 159 (maintenant l'art. 163) du *Code criminel*: deux chefs de vente de matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a), 73 chefs de possession de matériel obscène à des fins de distribution en violation de l'al. 159(1)a), un chef de possession de matériel obscène à des fins de vente en violation de l'al. 159(2)a) et un chef d'accusation d'avoir exposé à la vue du public du matériel obscène en violation de l'al. 159(2)a).

Le juge du procès a déclaré l'appelant coupable relativement à huit chefs d'accusation concernant huit infractions. La coaccusée McCord a été déclarée coupable relativement à deux chefs d'accusation concernant deux de ces films. L'appelant a été condamné à des peines d'amende de 1 000\$ par infraction. Il a été acquitté relativement aux autres accusations.

Le ministère public a interjeté appel contre les 242 acquittements prononcés en faveur de l'appelant et ce dernier a interjeté un appel incident contre les déclarations de culpabilité. La Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a accueilli l'appel du ministère public et déclaré l'appelant coupable relativement à tous les chefs d'accusation, les juges Twaddle et Helper étant dissidents.

La Cour du Banc de la Reine (1989), 50 C.C.C. (3d) 97

Le juge Wright a tout d'abord examiné si le matériel était obscène au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. Il a fait remarquer que les tribunaux canadiens ont interprété l'application du critère des «normes sociales» comme signifiant, que dans la mesure où le juge des faits n'applique pas son point de vue personnel subjectif, mais cherche plutôt à déterminer d'une manière objective la norme sociale, il peut trancher cette question en s'appuyant simplement sur son «expérience». Le juge Wright a dit qu'il avait de sérieuses difficultés à appliquer le critère des normes sociales, affirmant, d'une part, qu'un juge ne saurait se fonder sur son expérience pour rendre une décision factuelle et, d'autre part, qu'il considère peu fiables

clude on the basis of previous case law that the materials in question were obscene (at p. 113):

In the context of my own inability to confidently draw on my experience, and my belief, in any event, that it is incongruous and inconsistent with basic judicial legal principles to do so, normally I would be inclined to hold that the requisite community standard of tolerance has not been proved as an essential ingredient of the Crown's case and all the charges should be dismissed.

However, it is clear, from a review of the case-law binding on me that independent of the manner in which a trial judge is directed to measure obscenity, material of the kind before the court has been well established as obscene and must continue to be regarded as obscene within the *Criminal Code* definition.

Applying the Canadian decisions on obscenity since the inclusion of s. 163 in the *Criminal Code*, Wright J. found that there was no doubt that the videos and magazines in the present case fall into the category of "hard porn" and that the sexual devices are similar to the kind of sexual paraphernalia held by this Court in *Dechow v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 951, and *Germain v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 241, to fall under the obscenity definition. Accordingly, he found that all of the materials referred to in the various charges in the indictments are obscene according to the case law interpretation of s. 163(8).

Wright J. then concluded that the obscene material was protected by s. 2(b) of the *Charter*. Following the principles in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, he noted that obscene expression reflected in the material certainly conveys meaning and is entitled to protection provided the form of expression is not violent.

In conducting the s. 1 analysis, Wright J. was of the view that legislation which seeks to proscribe a fundamental freedom must have as its objective a more precise purpose than simply to control the

ses opinions fondées sur sa propre «expérience». Toutefois, le juge Wright a pu conclure, en se fondant sur la jurisprudence antérieure, que le matériel en question était obscène (à la p. 113):

[TRADUCTION] Puisque je suis incapable de m'appuyer en toute confiance sur mon expérience et que, de toute façon, selon moi, les principes juridiques fondamentaux applicables aux juges ne leur permettent pas de le faire, je serais enclin à statuer qu'il n'a pas été établi que la norme sociale de tolérance était un élément essentiel de la preuve du ministère public et que toutes les accusations devraient être rejetées.

Toutefois, selon la jurisprudence qui me lie, il est évident que, quelle que soit la façon dont le juge du procès est tenu d'évaluer l'obscénité, il est bien établi que le genre de matériel devant la cour est obscène et doit continuer d'être considéré comme obscène au sens de la définition du *Code criminel*.

Appliquant les décisions canadiennes en matière d'obscénité depuis l'insertion de l'art. 163 dans le *Code criminel*, le juge Wright a statué qu'il n'y avait pas de doute que les vidéocassettes et les magazines en l'espèce font partie de la catégorie de «pornographie explicite» et que les stimulants érotiques sont semblables aux accessoires de caractère sexuel que notre Cour a jugés visés par la définition de l'obscénité, dans les arrêts *Dechow c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951, et *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241. En conséquence, il a statué que tout le matériel mentionné dans les diverses accusations contenues dans les actes d'accusation est obscène conformément à l'interprétation jurisprudentielle du par. 163(8).

Le juge Wright a ensuite conclu que le matériel obscène était protégé par l'al. 2b) de la *Charte*. Suivant les principes de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, il a signalé que l'expression obscène contenue dans le matériel transmet certainement un message et a le droit d'être protégée si la forme d'expression n'est pas violente.

En procédant à l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Wright a exprimé l'opinion qu'une loi qui cherche à éliminer une liberté fondamentale doit avoir un objectif plus précis que celui de con-

morals of society or to encourage decency. He wrote, at p. 121:

The aim must be directed more specifically to objectives such as equality concerns, or other Charter rights, or particular human rights; otherwise, the basic freedoms in the Charter will be subject to restrictions that arise from very personal and subjective opinions of right and wrong that will be impossible to identify

Examples of more precise aims or bases for restrictions will be:

- (1) The protection of people from involuntary exposure to pornographic material;
- (2) the protection of the vulnerable, for example children, from either exposure or participation;
- (3) the prevention of the circulation of pornographic material that effectively reduces the human or equality or other Charter rights of individuals. This may arise, and often will arise, in material that mixes sex with violence or cruelty, or otherwise dehumanizes women or men.

Applying these standards, he concluded that on a *prima facie* basis, only those materials which contained scenes involving violence or cruelty intermingled with sexual activity or depicted lack of consent to sexual contact or otherwise could be said to dehumanize men or women in a sexual context were legitimately proscribed under s. 1. With respect to the material and sexual devices covered by the remaining counts he said, at pp. 124-25:

The material covered by the remaining counts in the indictments, relating to the magazines and the videos, reflects consensual activity by adult individuals not involving force, duress or cruelty. In this context, I am unable to conclude that the depiction of the human body or any of its parts, no matter how explicitly presented, or the visual presentation of masturbation, group sex or other heterosexual or homosexual activity, including incestuous relations, *prima facie* relate to sufficiently specific concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society to justify restricting or lim-

trôler simplement les mœurs de la société ou d'encourager la pudeur (à la p. 121):

[TRADUCTION] Il faut viser plus précisément des objectifs touchant notamment les préoccupations en matière d'égalité ou d'autres droits garantis par la Charte ou certains droits de la personne, sinon les libertés fondamentales garanties par la Charte seront assujetties aux restrictions qui découlent de l'expression d'opinions personnelles subjectives sur ce qui est bon ou mauvais qu'il sera impossible de cerner . . .

Voici des exemples d'objectifs ou de fondements plus précis de restriction:

- (1) Protéger les gens contre le risque d'être exposé involontairement à du matériel pornographique;
- (2) protéger les personnes vulnérables, par exemple les enfants, en empêchant qu'elles soient exposées à la pornographie ou y participent;
- (3) empêcher la mise en circulation de matériel pornographique qui porte atteinte aux droits de la personne ou aux droits à l'égalité ou autres garantis par la Charte. Cette atteinte peut survenir et surviendra souvent dans le matériel qui mêle les choses sexuelles à la violence ou à la cruauté ou qui déshumanise autrement des femmes ou des hommes.

Applicant ces critères, il a conclu qu'à première vue l'article premier n'interdit légitimement que le matériel qui renferme des scènes de violence ou de cruauté, accompagnées d'activités sexuelles ou illustrant une absence de consentement au contact sexuel ou toute autre activité considérée comme déshumanisante pour les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. En ce qui concerne le matériel et les stimulant érotiques visés par les autres chefs d'accusation, il a affirmé, aux pp. 124 et 125:

[TRADUCTION] Le matériel visé par les autres chefs d'accusation, qui ont trait aux magazines et aux vidéos-cassettes, illustre une activité consensuelle par des adultes qui ne comporte aucun recours à la force, à la contrainte ou à la cruauté. Dans ce contexte, je ne puis conclure que la représentation du corps humain ou de l'une de ses parties, si explicite soit-elle, ou qu'une présentation visuelle de personnes en train de se masturber, d'avoir des relations sexuelles en groupe ou d'autres activités hétérosexuelles ou homosexuelles, y compris des rapports incestueux, se rapportent à première vue à

iting the basic freedom permitting them to be expressed. The same reasoning applies in respect of the material before the court described as sexual toys or devices. The Crown has failed to bring forward cogent and persuasive evidence to demonstrate the specific objectives sought to be achieved, and to show that such objectives justify the limits on freedom of expression which the impugned legislation seeks to bring about.

In reaching his conclusion, Wright J. decided the definition set forth in s. 163(8) is not on its face in contravention of the *Charter* although it can be interpreted to cover more ground than the *Charter* provisions would permit in the context of the evidence. He stated as to the appropriate remedy (at p. 125):

If the interpretation places the section in conflict with the *Charter* and the evidence required to permit the broader scope of the section to stand is lacking, then the remedy is simply to hold that the *Charter* provisions are paramount. It is not necessary to strike down the *Criminal Code* provision as unconstitutional.

Wright J. held that the videotapes identified in 16 of the counts contained material that has been legitimately proscribed according to the requirements of s. 1 of the *Charter*. These 16 counts related to eight films. In most cases, the appellant was charged with possession for the purpose of sale on the one hand and possession for the purpose of distribution or circulation on the other. Wright J. therefore entered eight convictions against the appellant, one with respect to each pair of charges covering similar content.

Manitoba Court of Appeal (1990), 60 C.C.C. (3d) 219

Huband J.A. (O'Sullivan and Lyon J.J.A. Concurring)

Huband J.A., speaking for the majority, first noted that the approach taken by the trial judge

des préoccupations précises qui, dans une société libre et démocratique, sont suffisamment urgentes et réelles pour justifier la restriction de la liberté fondamentale qui en permet l'expression. Le même raisonnement s'applique à l'égard des articles devant la cour qui sont décrits comme des jouets ou des stimulants érotiques. Le ministère public n'a pas présenté une preuve forte et persuasive pour établir les objectifs précis que l'on cherchait à réaliser ni à démontrer que pareils objectifs justifient la restriction de la liberté d'expression que les dispositions législatives attaquées cherchent à réaliser.

En arrivant à cette conclusion, le juge Wright a statué que la définition énoncée au par. 163(8) ne contrevient pas, à première vue, à la *Charte*, bien qu'il soit possible de l'interpréter comme visant plus de choses que ne le permettraient les dispositions de la *Charte* dans le contexte de la preuve soumise. En ce qui concerne la réparation appropriée, il a dit (à la p. 125):

[TRADUCTION] Si l'interprétation amène la conclure que la disposition contrevient à la *Charte* et que l'on n'a pas soumis la preuve qui permettrait de maintenir la portée générale de l'article, alors la réparation consiste simplement à statuer que les dispositions de la *Charte* ont prépondérance. Il n'est pas nécessaire de supprimer la disposition du *Code criminel* pour cause d'inconstitutionnalité.

Le juge Wright a conclu que les vidéocassettes mentionnées dans 16 chefs d'accusation renfermaient du matériel qui avait été légitimement interdit conformément aux exigences de l'article premier de la *Charte*. Ces 16 chefs d'accusation visaient huit films. Dans la plupart des cas, l'appellant était accusé, d'une part, de possession à des fins de vente et, d'autre part, de possession à des fins de distribution ou de mise en circulation. Le juge Wright a donc prononcé huit déclarations de culpabilité contre l'appellant, une pour chaque paire d'accusations ayant un contenu similaire.

La Cour d'appel du Manitoba (1990), 60 C.C.C. (3d) 219

Le juge Huband (à l'opinion duquel ont souscrit les juges O'Sullivan et Lyon)

Le juge Huband, s'exprimant au nom de la majorité, a tout d'abord fait remarquer que la

was incorrect in that he focused the s. 1 inquiry on the individual films rather than on s. 163 of the *Criminal Code*. Counsel for both parties also agreed that the trial judge had misdirected himself in judging the materials rather than the provision. ^a

With respect to Wright J.'s finding that all of the materials in question were obscene, Huband J.A. noted that no serious argument was made that this finding was wrong and concluded that it should not be interfered with. ^b

Huband J.A. then considered whether s. 163 contravenes s. 2(b) of the *Charter*. Based on their content, he concluded that the materials in this case constitute "purely physical" activity which does not convey or attempt to convey meaning. Huband J.A. also noted that the form of expression also fell outside the protection of the *Charter*, as it consists in the undue exploitation of sex and the degradation of human sexuality. In his view, the form of the activity is not one which the *Charter* was designed or intended to protect. ^c

With respect to the purpose and effect of s. 163, Huband J.A. stated (at pp. 230-31): ^d

The intent of the legislation is to bar the distribution or sale of prurient materials devoid of a redeeming meaning. As to effect, on the evidence in this case it does not appear that the obscenity provisions in the *Code* have thwarted or subverted anyone in conveying or attempting to convey a meaningful message. ^e

Accordingly, the majority did not consider it necessary to pursue a s. 1 inquiry. ^f

Twaddle J.A., Dissenting

First, Twaddle J.A. noted that we are not concerned in the present case with the form of expression but with its content. In his view, the content of a video movie, the content of a magazine and the ^g

méthode adoptée par le juge du procès était erronée en ce qu'il a fait porter l'analyse en vertu de l'article premier sur chacun des films plutôt que sur l'art. 163 du *Code criminel*. Les avocats des deux parties ont également reconnu que le juge du procès s'était fourvoyé en portant un jugement sur le matériel plutôt que sur la disposition.

Quant à la conclusion du juge Wright que tout le matériel était obscène, le juge Huband a dit qu'on n'avait pas fait valoir sérieusement que cette conclusion était erronée et il a conclu qu'il n'y avait pas lieu de la modifier.

Le juge Huband a ensuite examiné si l'art. 163 contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*. Se fondant sur son contenu, il a conclu qu'en l'espèce le matériel représente une activité «purement physique» qui ne transmet ni ne tente de transmettre aucun message. Le juge Huband a ensuite fait remarquer que cette forme d'expression sort du champ de protection de la *Charte*, car elle consiste dans l'exploitation induite des choses sexuelles et dans la dégradation de la sexualité humaine. À son avis, cette forme d'activité n'en est pas une que la *Charte* était destinée à protéger. ^h

En ce qui concerne l'objet et l'effet de l'art. 163, le juge Huband fait remarquer (aux pp. 230 et 231): ⁱ

[TRADUCTION] Cette disposition législative vise à interdire la distribution ou la vente de matériel lascif dénué de signification susceptible de le racheter. En ce qui concerne l'effet de la disposition, d'après la preuve soumise en l'espèce, les dispositions en matière d'obscénité du *Code* ne paraissent pas avoir empêché qui que ce soit de transmettre ou de tenter de transmettre un message significatif. ^j

En conséquence, la cour à la majorité n'a pas jugé nécessaire de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

Le juge Twaddle, dissident

Premièrement, le juge Twaddle a fait remarquer que ce n'est pas la forme d'expression mais bien le contenu de l'expression qui nous intéresse en l'espèce. À son avis, le contenu d'un film vidéo, le

imagery of a sexual gadget are all within the scope of freedom of expression. Any limit on their creation, publication or distribution must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Before proceeding to the s. 1 analysis, Twaddle J.A. expressed the opinion that s. 163(8) envisages two distinct offences with different objectives, and that each offence should be considered separately for constitutional validity. Twaddle J.A. was of the view that the portion of s. 163 dealing with the “undue exploitation of sex” is concerned with the maintenance of moral standards, while the concept of sex coupled with one or more of crime, horror, cruelty and violence is aimed at harm. While the avoidance of harm is universally accepted as a legitimate goal, he concluded that a law which is aimed at deciding for someone else what he may read or view is discordant with the principles integral to a free and democratic society.

Twaddle J.A. decided that taken as an undivided proscription, s. 163 does not focus on achieving a single purpose (at pp. 246-47):

Although there are several important purposes which it serves, the proscription is overbroad and unrefined. It disables those who wish to see sexually explicit movies from seeing those movies which, harmless in themselves, are deemed too “dirty” to be tolerated by the community

If the proscription is divided into two, however, the proscription against the undue exploitation of sex coupled with one or more of crime, horror, cruelty and violence has the pressing and substantial purpose of avoiding the risk of harm and that purpose is achieved without sacrificing freedom of expression more than is necessary to achieve it.

He was of the view that Parliament was entitled to have a reasoned apprehension of harm resulting from the desensitization of individuals exposed to books or movies which portray sex with any dehumanizing feature. In this respect, he found the

contenu d'un magazine et l'image que projette un accessoire érotique entrent tous dans le champ de la liberté d'expression. Toute restriction apportée à leur création, à leur publication ou à leur distribution doit être raisonnable et pouvoir se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Avant de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Twaddle s'est dit d'avis que le par. 163(8) envisage deux infractions distinctes comportant des objectifs différents et que la constitutionnalité de chacune des infractions devrait être examinée séparément. Le juge Twaddle estimait que la partie de l'art. 163 qui traite de «l'exploitation indue des choses sexuelles» vise le maintien de normes morales, alors que le concept des choses sexuelles jointes à l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir le crime, l'horreur, la cruauté et la violence, vise le préjudice. Bien que l'élimination du préjudice constitue un objectif légitime universellement accepté, il a conclu qu'un texte législatif qui vise à décider ce qu'une personne peut lire ou voir va à l'encontre des principes qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique.

Le juge Twaddle a statué que l'art. 163, considéré comme une interdiction non divisée, ne vise pas à atteindre un seul objectif (aux pp. 246 et 247):

[TRADUCTION] Bien que l'interdiction vise plusieurs fins importantes, elle est trop générale et rudimentaire. Elle empêche les personnes qui veulent voir des films sexuellement explicites de voir ces films qui, inoffensifs en eux-mêmes, sont réputés trop «sales» pour être tolérés par la société . . .

Si l'interdiction est divisée en deux, toutefois, l'interdiction d'exploitation indue des choses sexuelles jointes à l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir le crime, l'horreur, la cruauté et la violence, a comme objectif urgent et réel d'éviter le risque de préjudice et cet objectif est atteint sans qu'il soit nécessaire, pour y parvenir, d'empiéter plus qu'il ne le faut sur la liberté d'expression.

Il était d'avis que le Parlement était en droit d'avoir une appréhension raisonnée du préjudice résultant de la désensibilisation des individus exposés à des livres ou à des films qui présentent des choses sexuelles d'une façon déshumanisante.

limit on the *Charter* freedom justified because of the importance of avoiding indifference to violence in so far as women are concerned, and the dehumanization of people. Therefore, Twaddle J.A. severed the two proscriptions and held the proscription of publications which “unduly exploit sex” alone to be invalid. Since the trial judge arrived at the same result and convicted only where the materials unduly exploit sex coupled with cruelty, violence or other dehumanizing features, Twaddle J.A. would have dismissed both the appeals of the Crown and of the accused.

Helper J.A., Dissenting

Helper J.A. also found that the materials in this case are protected by s. 2(b) of the *Charter*. She stressed that the degree of offensiveness of the materials cannot be the criterion for determining whether or not the expression comes within the meaning of s. 2(b) of the *Charter*.

In determining whether the infringement of freedom of expression is justified under s. 1, Helper J.A. was of the view that it is a legitimate objective of Parliament to prevent the publication and circulation of materials depicting cruelty, dehumanization, degradation and violence. In her view, the evidence shows the circulation of such material may lead to an increase in the incidence of aggressive, harmful behaviour and further can lead to attitudinal changes that are antithetical to the *Charter*, specifically to its s. 28. Helper J.A. rejected the trial judge’s determination that morality is not a sufficient basis for imposing limitations on fundamental freedoms. In her view, morality in the broader sense, as in the present case, encompassing respect for human beings, protection of the public generally or of vulnerable individuals or groups of the public from harm is a sufficiently pressing and substantial objective warranting the intervention of Parliament.

À cet égard, il a jugé que la restriction de la liberté garantie par la *Charte* était justifiée en raison de l’importance de ne pas se montrer indifférent à la violence faite aux femmes et à la déshumanisation de personnes. En conséquence, le juge Twaddle a dissocié les deux interdictions et statué que seule l’interdiction relative aux publications qui «exploitent indûment les choses sexuelles» n’était pas valide. Puisque que le juge du procès est arrivé à la même conclusion et n’a prononcé une déclaration de culpabilité qu’à l’égard du matériel qui constituait une exploitation indue des choses sexuelles jointes à la cruauté, à la violence ou à d’autres aspects déshumanisants, le juge Twaddle aurait rejeté à la fois l’appel du ministère public et celui de l’accusé.

Le juge Helper, dissident

Le juge Helper a aussi statué que le matériel en l’espèce est protégé par l’al. 2b) de la *Charte*. Elle a fait ressortir que la mesure dans laquelle le matériel offensant ne saurait constituer le critère qui permettra de déterminer s’il y a expression au sens de l’al. 2b) de la *Charte*.

En déterminant si l’atteinte à la liberté d’expression est justifiée en vertu de l’article premier, le juge Helper a affirmé que le Parlement peut avoir comme objectif légitime d’interdire la publication et la mise en circulation de matériel représentant des scènes cruelles, déshumanisantes, dégradantes et violentes. À son avis, il ressort de la preuve que la mise en circulation de ce genre de matériel peut donner lieu à un accroissement des comportements agressifs et nocifs et susciter des changements d’attitude qui vont à l’encontre de la *Charte*, plus particulièrement de son art. 28. Le juge Helper a rejeté la décision du juge du procès que la moralité ne constitue pas un motif suffisant pour restreindre des libertés fondamentales. Elle a estimé que la moralité au sens large, comme celle dont il est question en l’espèce, qui englobe le respect de l’être humain, la protection du grand public ou de particuliers ou groupes vulnérables contre tout préjudice, constitue un objectif suffisamment urgent et réel pour justifier l’intervention du Parlement.

However, Helper J.A. found that s. 163 was too vague to pass the remainder of the s. 1 test. She stated, at p. 266:

... Parliament chose the terminology "undue exploitation of sex" in s. 163(8) and by so doing left the criteria for the application of the standard to the judiciary. It is not the judicial function to define the material or actions which are to be proscribed by law. Parliament has abdicated its responsibility in s. 163 of the *Code*. The present law which fails to define with precision the limit on sexual expression is too arbitrary and too vague to withstand the scrutiny of s. 1.

Helper J.A. also concluded that the legislation failed the proportionality test in that it was overreaching and did not impair freedom of expression as little as possible, as it could result in the conviction of one who deals in material containing no element of cruelty, dehumanization, violence or degradation and in the absence of any evidence of harm or risk of harm to society. Having concluded that s. 163(8) does not constitute a reasonable limit under s. 1, Helper J.A. would have allowed the appeals against conviction and entered acquittals on all charges against both accused.

2. Relevant Legislation

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

163. (1) Every one commits an offence who

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever; or

(b) makes, prints, publishes, distributes, sells or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation a crime comic.

(2) Every one commits an offence who knowingly, without lawful justification or excuse,

Toutefois, le juge Helper a statué que l'art. 163 était trop vague pour satisfaire au reste du test de l'article premier. Elle a affirmé, à la p. 266:

[TRADUCTION] ... le Parlement a employé l'expression «exploitation indue des choses sexuelles» au par. 163(8), laissant ainsi aux tribunaux le soin de déterminer les critères requis pour appliquer cette norme. Il n'appartient pas aux tribunaux de définir le matériel ou les actes qui seront interdits par la loi. Dans l'art. 163 du *Code*, le Parlement a abdiqué sa responsabilité. Le texte législatif actuel, qui ne définit pas précisément les restrictions de l'expression sexuelle, est trop arbitraire et trop imprécis pour résister à un examen fondé sur l'article premier.

Le juge Helper a aussi conclu que le texte législatif ne satisfaisait pas au critère de proportionnalité en ce qu'il a une portée trop générale et n'est pas de nature à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression, puisqu'il pourrait entraîner la déclaration de culpabilité d'une personne qui fait le commerce de matériel ne renfermant aucun élément de cruauté, de déshumanisation, de violence ou de dégradation, et ce, même en l'absence de toute preuve de préjudice ou de risque de préjudice pour la société. Ayant conclu que le par. 163(8) ne constitue pas une limite raisonnable au sens de l'article premier, le juge Helper aurait accueilli les appels contre la déclaration de culpabilité et acquitté les deux accusés relativement à tous les chefs d'accusation portés contre eux.

2. Les dispositions législatives pertinentes

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

163. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène;

b) produit, imprime, publie, distribue, vend, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, une histoire illustrée de crime.

(2) Commet une infraction quiconque, sciemment et sans justification ni excuse légitime, selon le cas:

(a) sells, exposes to public view or has in his possession for such a purpose any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever;

(b) publicly exhibits a disgusting object or an indecent show;

(c) offers to sell, advertises or publishes an advertisement of, or has for sale or disposal, any means, instructions, medicine, drug or article intended or represented as a method of causing abortion or miscarriage; or

(d) advertises or publishes an advertisement of any means, instructions, medicine, drug or article intended or represented as a method for restoring sexual virility or curing venereal diseases or diseases of the generative organs.

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if he establishes that the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and that the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

(4) For the purposes of this section, it is a question of law whether an act served the public good and whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good.

(5) For the purposes of this section, the motives of an accused are irrelevant.

(6) Where an accused is charged with an offence under subsection (1), the fact that the accused was ignorant of the nature or presence of the matter, picture, model, phonograph record, crime comic or other thing by means of or in relation to which the offence was committed is not a defence to the charge.

(7) In this section, "crime comic" means a magazine, periodical or book that exclusively or substantially comprises matter depicting pictorially

(a) the commission of crimes, real or fictitious; or

(b) events connected with the commission of crimes, real or fictitious, whether occurring before or after the commission of the crime.

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploita-

a) vend, expose à la vue du public, ou a en sa possession à une telle fin, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène;

b) publiquement expose un objet révoltant ou montre un spectacle indécent;

c) offre en vente, annonce ou a, pour le vendre ou en disposer, quelque moyen, indication, médicament, drogue ou article destiné à provoquer un avortement ou une fausse couche, ou représenté comme un moyen de provoquer un avortement ou une fausse couche, ou fait paraître une telle annonce;

d) annonce quelque moyen, indication, médicament, drogue ou article ayant pour objet, ou représenté comme un moyen de rétablir la virilité sexuelle, ou de guérir des maladies vénériennes ou maladies des organes génitaux, ou en publie une annonce.

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction aux termes du présent article s'il établit que les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public.

(4) Pour l'application du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s'il y a preuve que l'acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait.

(5) Pour l'application du présent article, les motifs d'un prévenu ne sont pas pertinents.

(6) Lorsqu'un prévenu est inculqué d'une infraction visée par le paragraphe (1), le fait qu'il ignorait la nature ou la présence de la matière, de l'image, du modèle, du disque de phonographe, de l'histoire illustrée de crime ou de l'autre chose au moyen ou à l'égard de laquelle l'infraction a été commise, ne constitue pas une défense contre l'inculpation.

(7) Au présent article, «histoire illustrée de crime» s'entend d'un magazine, périodique ou livre comprenant, exclusivement ou pour une grande part, de la matière qui représente, au moyen d'illustrations:

a) soit la perpétration de crimes, réels ou fictifs;

b) soit des événements se rattachant à la perpétration de crimes, réels ou fictifs, qui ont lieu avant ou après la perpétration du crime.

(8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique domi-

tion of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

3. Issues

The following constitutional questions are raised by this appeal:

1. Does s. 163 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 163 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, violates s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can s. 163 of the *Criminal Code* of Canada be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law?

4. Analysis

The constitutional questions, as stated, bring under scrutiny the entirety of s. 163. However, both lower courts as well as the parties have focused almost exclusively on the definition of obscenity found in s. 163(8). Other portions of the impugned provision, such as the reverse onus provision envisaged in s. 163(3) as well as the absolute liability offence created by s. 163(6), raise substantial *Charter* issues which should be left to be dealt with in proceedings specifically directed to these issues. In my view, in the circumstances, this appeal should be confined to the examination of the constitutional validity of s. 163(8) only.

Before proceeding to consider the constitutional questions, it will be helpful to review the legislative history of the provision as well as the extensive judicial interpretation and analysis which have infused meaning into the bare words of the statute.

A. *Legislative History*

Parliament's first attempt to criminalize obscenity was in s. 179 of the *Criminal Code, 1892*,

nante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

^a 3. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève les questions constitutionnelles suivantes:

- ^b 1. L'article 163 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole-t-il l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- ^c 2. Si l'article 163 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 163 du *Code criminel* du Canada est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit?

^d 4. Analyse

Les questions constitutionnelles énoncées donnent lieu à un examen minutieux de l'art. 163 dans son ensemble. Toutefois, les tribunaux d'instance inférieure et les parties se sont presque exclusivement concentrés sur la définition de l'obscénité que l'on trouve au par. 163(8). D'autres parties de la disposition attaquée, notamment le par. 163(3) portant inversion du fardeau de la preuve et le par. 163(6) qui fait de l'infraction une infraction de responsabilité absolue, soulèvent d'importantes questions en vertu de la *Charte* qui devraient être examinées dans le cadre de procédures portant spécifiquement sur ces questions. À mon avis, dans les circonstances, le présent pourvoi devrait être limité à l'analyse de la constitutionnalité du par. 163(8).

^e Avant de procéder à l'analyse des questions constitutionnelles, il sera utile d'examiner l'historique législatif de la disposition ainsi que l'analyse et l'interprétation judiciaires importantes qui ont contribué à donner un sens au texte de cette disposition.

^f A. *L'historique législatif*

^g C'est à l'art. 179 du *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, que le Parlement a tenté pour la pre-

^h

ⁱ

^j

S.C. 1892, c. 29, which provided in part as follows:

179. Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who knowingly, without lawful justification or excuse—

(a.) publicly sells, or exposes for public sale or to public view, any obscene book, or other printed or written matter, or any picture, photograph, model or other object, tending to corrupt morals; or

(b.) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show;

(c.) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of or has for sale or disposal any medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion. [Emphasis added.]

In 1949, Parliament repealed the successor to s. 179 and substituted it with the following provision:

207. (1) Every one who is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in possession for any such purpose any obscene written matter, picture, model or other thing whatsoever; or

(b) makes, prints, publishes, distributes, sells or has in possession for any such purpose, any crime comic.

(2) Every one is guilty of an indictable offence and liable to two years' imprisonment who knowingly, without lawful justification or excuse

(a) sells, exposes to public view or has in possession for any such purpose any obscene written matter, picture, model or other thing whatsoever;

(b) publicly exhibits any disgusting object or any indecent show; or

(c) offers to sell, advertises, publishes an advertisement of, or has for sale or disposal any means, instructions, medicine, drug or article intended or represented as a means of preventing conception or causing abortion or miscarriage or advertises or publishes an advertisement of any means, instruc-

mière fois de criminaliser l'obscénité. Cet article prévoit notamment ce qui suit:

179. Est coupable d'un acte criminel et passible de deux ans d'emprisonnement, celui qui, avec connaissance de cause et sans justification ou excuse légitime,—

(a.) Vend publiquement, ou offre publiquement en vente, ou expose à la vue du public, quelque livre obscène, ou d'autres matières imprimées ou écrites d'une nature obscène, ou quelque image, gravure, photographie, maquette, figure, ou autre objet tendant à corrompre les mœurs; ou

(b.) Exhibe publiquement quelque objet dégoûtant ou quelque spectacle indécent;

(c.) Offre en vente, annonce, a pour les vendre ou en disposer, quelque médecine, drogue ou article destiné ou représenté comme servant à prévenir la conception ou à causer l'avortement, ou publie une annonce de cette médecine, drogue ou article. [Je souligne.]

En 1949, le Parlement a abrogé la disposition qui a succédé à l'art. 179 pour la remplacer par la suivante:

207. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible de deux ans d'emprisonnement, quiconque

a) Produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession à l'une de ces fins, quelque écrit, image, modèle ou autre chose obscène; ou

b) Produit, imprime, publie, distribue, vend, ou a en sa possession à l'une de ces fins, une histoire illustrée de crime ou «crime comic».

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible de deux ans d'emprisonnement, quiconque, sciemment et sans justification ni excuse légitime,

a) Vend, expose à la vue du public, ou a en sa possession à l'une de ces fins, quelque écrit, image, modèle ou autre chose obscène;

b) Publiquement expose un objet révoltant ou montre un spectacle indécent; ou

c) Offre en vente, annonce ou a, pour le vendre ou en disposer, quelque moyen, indication, médicament, drogue ou article destiné ou représenté comme servant à prévenir la conception ou à causer un avortement ou une fausse couche, ou en publie une annonce; ou annonce quelque moyen, indication,

tions, medicine, drug or article for restoring sexual virility or curing venereal diseases or diseases of the generative organs.

The *Criminal Code* did not provide a definition of any of the operative terms, “obscene”, “indecent” or “disgusting”. The notion of obscenity embodied in these provisions was based on the test formulated by Cockburn C.J. in *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, at p. 371:

... I think the test of obscenity is this, whether the tendency of the matter charged as obscenity is to deprave and corrupt those whose minds are open to such immoral influences, and into whose hands a publication of this sort may fall.

The focus on the “corruption of morals” in the earlier legislation grew out of the English obscenity law which made the court the “guardian of public morals”. As Charron Dist. Ct. J. stated in *R. v. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422 (Ont. Dist. Ct.), at pp. 441-42:

When one looks at the legislative history of the obscenity provisions of the *Code*, it is clear that when the English Court of King’s Bench first asserted itself in this field following the demise of the Star Chamber in 1641, it did so as the guardian of public morals: *R. v. Sidley* (1663), 1 Sid. 168, 82 E.R. 1036. The crime of publishing an obscene libel was created in 1727 in the case of *R. v. Curl* (1727), 2 Stra. 788, 93 E.R. 849, when the court accepted the argument that publishing an obscene libel tended to corrupt the morals of the King’s subjects and as such was against the peace of the King and government.

The current provision, which is the subject of this appeal, entered into force in 1959 in response to the much criticized former version (*Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 150). Unlike the previous statutes, subs. (8) provided a statutory definition of “obscene”:

médicament, drogue ou article pour rétablir la virilité sexuelle, ou guérir des maladies vénériennes ou maladies des organes générateurs, ou en publie une annonce.

Le Code criminel ne donnait pas de définition des termes clés «obscène», «indécents», «dégoûtants» ou «révoltants». La notion de l’obscénité incorporée dans ces dispositions était fondée sur le critère énoncé par le juge en chef Cockburn dans l’arrêt *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360, à la p. 371:

[TRADUCTION] ... j’estime que le critère de l’obscénité est celui de savoir si l’objet qu’on prétend obscène a tendance à dépraver et à corrompre les personnes susceptibles de subir ces influences immorales et d’avoir en leur possession une publication de ce genre.

L’accent mis sur la «corruption des mœurs» dans la disposition législative antérieure découlait du droit anglais en matière d’obscénité qui faisait de la cour la «gardienne des mœurs publics». Comme le juge Charron de la Cour du district le mentionne dans la décision *R. c. Fringe Product Inc.* (1990), 53 C.C.C. (3d) 422 (C. dist. Ont.), aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] Lorsqu’on examine l’histoire législative des dispositions du *Code* en matière d’obscénité, il est évident que lorsque la Cour du Banc du Roi d’Angleterre s’est prononcée pour la première fois dans ce domaine après la suppression de la Chambre Étoilée en 1641, elle l’a fait en tant que gardienne des mœurs publiques: *R. v. Sidley* (1663), 1 Sid. 168, 82 E.R. 1036. Le crime de publication d’un écrit obscène a été créé en 1727 dans l’arrêt *R. v. Curl* (1727), 2 Stra. 788, 93 E.R. 849, lorsque le tribunal a fait droit à l’argument que la publication d’un écrit obscène tendait à corrompre les mœurs des sujets du Roi et constituait donc un acte contre la paix du Roi et du gouvernement.

La disposition actuelle, qui fait l’objet du présent pourvoi, est entrée en vigueur en 1959 par suite des critiques considérables soulevées par l’article qui l’a précédée (*Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150). Contrairement aux dispositions antérieures, le par. (8) définissait le terme «obscène».

150. ...

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

As will be discussed further, the introduction of the statutory definition had the effect of replacing the *Hicklin* test with a series of rules developed by the courts. The provision must be considered in light of these tests.

B. *Judicial Interpretation of s. 163(8)*

The first case to consider the current provision was *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681. The majority of this Court found in that case that D. H. Lawrence's novel, *Lady Chatterley's Lover*, was not obscene within the meaning of the *Code*. The *Brodie* case lay the groundwork for the interpretation of s. 163(8) by setting out the principal tests which should govern the determination of what is obscene for the purposes of criminal prosecution. The first step was to discard the *Hicklin* test.

(a) Section 163(8) to be Exclusive Test

In examining the definition provided by subs. (8), the majority of this Court was of the view that the new provision provided a clean slate and had the effect of bringing in an "objective standard of obscenity" which rendered all the jurisprudence under the *Hicklin* definition obsolete. In the words of Judson J. (at p. 702):

... I think that the new statutory definition does give the Court an opportunity to apply tests which have some certainty of meaning and are capable of objective application and which do not so much depend as before upon the idiosyncrasies and sensitivities of the tribunal of fact, whether judge or jury. We are now concerned with a Canadian statute which is exclusive of all others.

Any doubt that s. 163(8) was intended to provide an exhaustive test of obscenity was settled in

150. ...

(8) Aux fins de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un quelconque ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

Comme nous le verrons plus loin, l'ajout de cette définition a eu pour effet de remplacer le critère de l'arrêt *Hicklin* par une série de règles préto-riennes. La disposition doit être analysée en fonction de ces critères.

B. *L'interprétation judiciaire du par. 163(8)*

C'est dans l'arrêt *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681, que la disposition actuelle a été examinée pour la première fois. Dans cette affaire, notre Cour, à la majorité, a statué que le roman de D. H. Lawrence, *L'amant de Lady Chatterley*, n'était pas obscène au sens du *Code*. L'arrêt *Brodie* a jeté les bases de l'interprétation du par. 163(8) en énonçant les principaux critères qui devaient servir à déterminer ce qui est obscène aux fins des poursuites criminelles. Dans un premier temps, on a écarté le critère de l'arrêt *Hicklin*.

a) Le paragraphe 163(8) comme critère exclusif

Dans l'analyse de la définition donnée au par. (8), la Cour à la majorité a exprimé l'opinion que la nouvelle disposition constituait un nouveau point de départ et avait pour effet d'établir une «norme objective en matière d'obscénité» qui rendait désuète toute la jurisprudence fondée sur la définition énoncée dans l'arrêt *Hicklin*. Pour reprendre les propos du juge Judson (à la p. 702):

[TRADUCTION] ... je crois que la nouvelle définition légale donne à la Cour l'occasion d'appliquer des critères qui présentent une certaine certitude de sens et qui peuvent être appliqués objectivement, des critères qui ne dépendent pas autant qu'auparavant des idiosyncrasies et de la sensibilité du juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury. Nous nous intéressons maintenant à un texte législatif canadien qui exclut tous les autres.

Tout doute quant à savoir si le par. 163(8) visait à fournir une définition exhaustive de l'obscénité a

Dechow v. The Queen, supra. Laskin C.J. stated (at p. 962):

I am not only satisfied to regard s. 159(8) [now s. 163(8)] as prescribing an exhaustive test of obscenity in respect of a publication which has sex as a theme or characteristic but I am also of the opinion that this Court should apply that test in respect of other provisions of the *Code*, such as ss. 163 and 164, in cases in which the allegation of obscenity revolves around sex considerations. Since the view that I take, in line with that expressed by Judson J. in the *Brodie* case, is that the *Hicklin* rule has been displaced by s. 159(8) in respect of publications, I would not bring it back under any other sections of the *Code*, such as ss. 159, 163 and 164, to provide a back-up where a sexual theme or sexual factors are the basis upon which obscenity charges are laid and the charges fail because the test prescribed by s. 159(8) has not been met.

In the *Dechow* case, the majority ascribed a liberal meaning to the term "publication", and found that the sex devices in question were "publications" as the accused had made such objects "publicly known" and had produced and issued such articles for public sale. Furthermore in *Germain v. The Queen, supra*, La Forest J., with whom a majority of the Court agreed on this point, held that the word "obscene" must be given the same meaning whether the articles are publications under s. 159(1) (now s. 163(1)) or matter covered by s. 159(2)(a) (now s. 163(2)(a)). As a consequence, it is now beyond dispute that s. 163(8) provides the exhaustive test of obscenity with respect to publications and objects which exploit sex as a dominant characteristic and that the common law test of obscenity found in the *Hicklin* decision is no longer applicable.

(b) Tests of "Undue Exploitation of Sex"

In order for the work or material to qualify as "obscene", the exploitation of sex must not only be its dominant characteristic, but such exploitation must be "undue". In determining when the exploitation of sex will be considered "undue", the

été dissipé dans l'arrêt *Dechow c. La Reine*, précité. Le juge en chef Laskin dit (à la p. 962):

Non seulement suis-je d'avis de considérer que le par. 159(8) donne une définition exhaustive de l'obscénité en matière de publications dont la caractéristique ou le thème principal portent sur les choses sexuelles, mais j'estime également que cette Cour devrait appliquer ce critère à l'égard d'autres dispositions du *Code*, notamment les art. 163 et 164, dans le cas où l'allégation d'obscénité se rapporte à des choses sexuelles. Puisque je conclus, comme le juge Judson dans *Brodie*, que la règle élaborée dans *Hicklin* a été écartée par le par. 159(8) en matière de publications, je suis d'avis qu'elle ne devrait être invoquée à l'égard d'aucune autre disposition du *Code*, comme les art. 159, 163 et 164, pour fournir un critère supplémentaire dans le cas où des accusations d'obscénité échouent parce que le critère prescrit au par. 159(8) n'est pas satisfait.

Dans l'arrêt *Dechow*, la Cour à la majorité a donné une interprétation libérale au terme «publication» et a statué que les stimulants érotiques en question étaient des «publications» car l'accusé avait «rendu publics» ces objets et avait reproduit et mis ces articles en vente. De plus, dans l'arrêt *Germain c. La Reine*, précité, le juge La Forest, à l'avis duquel la majorité des juges a souscrit sur ce point, a conclu que le mot «obscène» doit recevoir le même sens peu importe que les articles en question soient des publications au sens du par. 159(1) (maintenant le par. 163(1)) ou une matière visée à l'al. 159(2)a) (maintenant l'al. 163(2)a)). En conséquence, il est maintenant indiscutable, d'une part, que le par. 163(8) fournit une définition exhaustive de l'obscénité en matière de publications et d'objets dont la caractéristique dominante est l'exploitation des choses sexuelles et, d'autre part, que le critère de common law en matière d'obscénité énoncé dans l'arrêt *Hicklin* n'est plus applicable.

b) Les critères de l'«exploitation indue des choses sexuelles»

Pour que l'ouvrage ou le matériel soit qualifié d'«obscène», l'exploitation des choses sexuelles doit non seulement en constituer la caractéristique dominante, mais elle doit également être «indue». Pour déterminer quand l'exploitation des choses

courts have attempted to formulate workable tests. The most important of these is the "community standard of tolerance" test.

(i) "*Community Standard of Tolerance*" Test

In *Brodie*, Judson J. accepted the view espoused notably by the Australian and New Zealand courts that obscenity is to be measured against "community standards". He cited, at pp. 705-6, the following passage in the judgment of Fullager J. in *R. v. Close*, [1948] V.L.R. 445, at p. 465:

There does exist in any community at all times—however the standard may vary from time to time—a general instinctive sense of what is decent and what is indecent, of what is clean and what is dirty, and when the distinction has to be drawn, I do not know that today there is any better tribunal than a jury to draw it . . . I am very far from attempting to lay down a model direction, but a judge might perhaps, in the case of a novel, say something like this: "It would not be true to say that any publication dealing with sexual relations is obscene. The relations of the sexes are, of course, legitimate matters for discussion everywhere . . . There are certain standards of decency which prevail in the community, and you are really called upon to try this case because you are regarded as representing, and capable of justly applying, those standards. What is obscene is something which offends against those standards."

The community standards test has been the subject of extensive judicial analysis. It is the standards of the community as a whole which must be considered and not the standards of a small segment of that community such as the university community where a film was shown (*R. v. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.)) or a city where a picture was exposed (*R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (Ont. C.A.)). The standard to be applied is a national one (*R. v. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (Ont. C.A.); *R. v. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274 (B.C.C.A.); *R. v. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49 (N.S.S.C., App. Div.), at p. 59). With respect to expert evidence, it is not

sexuelles sera considérée comme «indue», les tribunaux ont tenté de formuler des critères pratiques, dont le plus important est le critère de la «norme sociale de tolérance».

(i) *Le critère de la «norme sociale de tolérance»*

Dans l'arrêt *Brodie*, le juge Judson a accepté l'opinion adoptée notamment par les tribunaux australiens et néo-zélandais selon laquelle l'obscénité doit être appréciée en fonction des «normes sociales». À cet égard, il cite, aux pp. 705 et 706, l'extrait suivant des motifs du juge Fullager dans l'affaire *R. c. Close*, [1948] V.L.R. 445, à la p. 465:

[TRADUCTION] Il existe en tout temps dans toute société—quoique la norme puisse varier d'une époque à l'autre—un sens instinctif général de ce qui est décent et de ce qui ne l'est pas, de ce qui est correct et de ce qui ne l'est pas, et lorsqu'il faut faire la distinction, j'estime que c'est le jury qui est le mieux placé pour le faire [. . .] Je suis loin de tenter d'établir une orientation type, mais un juge pourrait peut-être, relativement à un roman, dire quelque chose comme ceci: «Il ne serait pas exact d'affirmer que toute publication traitant de relations sexuelles est obscène. Les rapports entre les sexes constituent partout, bien entendu, des sujets légitimes de discussion [. . .] Il existe certaines normes de décence qui prévalent dans la société et on vous demande vraiment d'instruire la présente affaire parce que l'on considère que vous êtes représentatifs de ces normes et que vous êtes en mesure de les appliquer tout à fait justement. Ce qui est obscène est quelque chose de contraire à ces normes.»

Le critère des normes sociales a donné lieu à une analyse judiciaire importante. Il faut tenir compte des normes de l'ensemble de la société et non des normes d'une fraction seulement de la société, comme le milieu universitaire où a été présenté un film (*R. c. Goldberg*, [1971] 3 O.R. 323 (C.A.)), ou une ville où une image a été présentée (*R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (C.A. Ont.)). La norme applicable est une norme nationale (*R. c. Cameron* (1966), 58 D.L.R. (2d) 486 (C.A. Ont.); *R. c. Duthie Books Ltd.* (1966), 58 D.L.R. (2d) 274 (C.A.C.-B.); *R. c. Ariadne Developments Ltd.* (1974), 19 C.C.C. (2d) 49 (C.S.N.-É., Div. app.), à la p. 59). Une preuve d'expert n'est pas nécessaire et il ne s'agit pas

necessary and is not a fact which the Crown is obliged to prove as part of its case (*R. v. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428 (C.A.); *R. v. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585 (Man. C.A.); *R. v. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (Man. C.A.)). In *R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103 (Man. C.A.), Freedman J.A. (dissenting) emphasized that the community standards test must necessarily respond to changing mores (at pp. 116-17):

Community standards must be contemporary. Times change, and ideas change with them. Compared to the Victorian era this is a liberal age in which we live. One manifestation of it is the relative freedom with which the whole question of sex is discussed. In books, magazines, movies, television, and sometimes even in parlour conversation, various aspects of sex are made the subject of comment, with a candour that in an earlier day would have been regarded as indecent and intolerable. We cannot and should not ignore these present-day attitudes when we face the question whether [the subject materials] are obscene according to our criminal law.

Our Court was called upon to elaborate the community standards test in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494. Dickson C.J. reviewed the case law and found (at pp. 508-9):

The cases all emphasize that it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it.

Since the standard is tolerance, I think the audience to which the allegedly obscene material is targeted must be relevant. The operative standards are those of the Canadian community as a whole, but since what matters is what other people may see, it is quite conceivable that the Canadian community would tolerate varying degrees of explicitness depending upon the audience and the circumstances. [Emphasis in original.]

d'un fait que le ministère public est tenu de prouver (*R. c. Sudbury News Service Ltd.* (1978), 18 O.R. (2d) 428 (C.A.); *R. c. Prairie Schooner News Ltd.* (1970), 75 W.W.R. 585 (C.A. Man.); *R. c. Great West News Ltd.*, [1970] 4 C.C.C. 307 (C.A. Man.)). Dans l'arrêt *R. c. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.*, [1963] 2 C.C.C. 103 (C.A. Man.), le juge Freedman (dissident) a fait ressortir que le critère des normes sociales doit nécessairement tenir compte de l'évolution des mœurs (aux pp. 116 et 117):

[TRADUCTION] Les normes sociales doivent être contemporaines. Les temps et les idées changent. Nous vivons à une époque qui est libérale si on la compare à l'ère victorienne. Une manifestation de ce phénomène est la liberté relative avec laquelle on parle des choses sexuelles. Dans les livres, les revues, les films, les émissions de télévision et parfois même dans les conversations de salon, les différents aspects des choses sexuelles font l'objet de commentaires avec une franchise qui, à une époque antérieure, aurait été considérée comme indécente et intolérable. Nous ne pouvons ni ne devons ignorer ces attitudes actuelles lorsqu'il s'agit de déterminer si [les publications en cause] sont obscènes au sens de notre droit criminel.

Notre Cour a été appelée à préciser davantage le critère des normes sociales dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494. Le juge en chef Dickson y a examiné la jurisprudence et conclu ce qui suit (aux pp. 508 et 509):

Tous les arrêts soulignent que la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient.

Puisque la norme est la tolérance, je pense que l'auditoire auquel s'adresse le film prétendument obscène doit être pris en considération. Les normes qui s'appliquent sont celles de la société canadienne dans son ensemble, mais, puisque ce qui importe c'est ce que d'autres personnes peuvent voir, il est tout à fait concevable que la société canadienne tolérerait divers degrés de caractère explicite selon l'auditoire et les circonstances. [En italique dans l'original.]

Therefore, the community standards test is concerned not with what Canadians would not tolerate being exposed to themselves, but what they would not tolerate other Canadians being exposed to. The minority view was that the tolerance level will vary depending on the manner, time and place in which the material is presented as well as the audience to whom it is directed. The majority opinion on this point was expressed by Wilson J. in the following passage, at p. 521:

It is not, in my opinion, open to the courts under s. 159(8) of the *Criminal Code* to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another In my view, a movie is either obscene under the *Code* based on a national community standard of tolerance or it is not. If it is not, it may still be the subject of provincial regulatory control.

(ii) "Degradation or Dehumanization" Test

There has been a growing recognition in recent cases that material which may be said to exploit sex in a "degrading or dehumanizing" manner will necessarily fail the community standards test. Borins Co. Ct. J. expressed this view in *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (Ont. Co. Ct.), at p. 70:

. . . films which consist substantially or partially of scenes which portray violence and cruelty in conjunction with sex, particularly where the performance of indignities degrade and dehumanize the people upon whom they are performed, exceed the level of community tolerance.

Subsequent decisions, such as *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (Man. Q.B.) and *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (Alta. Q.B.) held that material that "degraded" or "dehumanized" any of the participants would exceed community standards even in the absence of cruelty and violence. In *R. v. Ramsingh, supra*, Ferg J. described in graphic terms the type of material that qualified for this label. He states on p. 239:

En conséquence, le critère des normes sociales vise non pas ce que les Canadiens ne toléreraient pas eux-mêmes de voir, mais bien ce qu'ils ne toléreraient pas que les autres Canadiens voient. Selon le point de vue de la Cour à la minorité, le seuil de tolérance variera en fonction du mode de présentation du matériel, de l'époque et de l'endroit où il est présenté ainsi que de l'auditoire auquel il s'adresse. C'est le juge Wilson qui a exprimé le point de vue de la majorité sur ce point, dans le passage suivant, à la p. 521:

À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8) du *Code criminel*, de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre [. . .] À mon avis, un film est obscène en vertu du *Code* selon une norme sociale nationale de tolérance ou il ne l'est pas. Dans ce dernier cas, il peut toujours faire l'objet d'un contrôle réglementaire des provinces.

(ii) Le critère du «traitement dégradant ou déshumanisant»

Il est de plus en plus reconnu, dans la jurisprudence récente, que le matériel dont on peut dire qu'il exploite les choses sexuelles d'une façon «dégradante ou déshumanisante» échouera nécessairement le test des normes sociales. Le juge Borins de la Cour de comté a exprimé ce point de vue dans l'affaire *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (C. cté Ont.), à la p. 70:

[TRADUCTION] . . . les films qui comportent essentiellement ou partiellement des scènes de sexe accompagnées de violence et de cruauté, en particulier lorsque l'accomplissement d'outrages a pour effet de dégrader et de déshumaniser les personnes qui les subissent, excèdent le seuil de tolérance sociale.

Dans des décisions ultérieures, comme les arrêts *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (B.R. Man.), et *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (B.R. Alb.), on a statué que le matériel qui «dégradait» ou «déshumanisait» les personnes représentées excéderait les normes sociales, même en l'absence de cruauté et de violence. Dans l'arrêt *R. c. Ramsingh*, précité, le juge Ferg a expliqué en détail le genre de matériel visé par cette description. Il mentionne, à la p. 239:

They are exploited, portrayed as desiring pleasure from pain, by being humiliated and treated only as an object of male domination sexually, or in cruel or violent bondage. Women are portrayed in these films as pining away their lives waiting for a huge male penis to come along, on the person of a so-called sex therapist, or window washer, supposedly to transport them into complete sexual ecstasy. Or even more false and degrading one is led to believe their raison d'être is to savour semen as a life elixir, or that they secretly desire to be forcefully taken by a male.

Among other things, degrading or dehumanizing materials place women (and sometimes men) in positions of subordination, servile submission or humiliation. They run against the principles of equality and dignity of all human beings. In the appreciation of whether material is degrading or dehumanizing, the appearance of consent is not necessarily determinative. Consent cannot save materials that otherwise contain degrading or dehumanizing scenes. Sometimes the very appearance of consent makes the depicted acts even more degrading or dehumanizing.

This type of material would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women. While the accuracy of this perception is not susceptible of exact proof, there is a substantial body of opinion that holds that the portrayal of persons being subjected to degrading or dehumanizing sexual treatment results in harm, particularly to women and therefore to society as a whole. See *Wagner, supra*, at p. 336. See also: Attorney General's Commission on Pornography (the "Meese Commission"), *Final Report* (U.S., 1986), vol. 1, at pp. 938-1035; Metro Toronto Task Force on Public Violence Against Women and Children, *Final Report* (1984), at p. 66; *Report of the Joint Select Committee on Video Material* (Australia, 1988), vol. 1, at pp. 185-230; *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography* (New Zealand, 1988), at pp. 38-45. It would be reasonable to conclude that there is an appreciable risk of harm to society in

[TRADUCTION] Elles sont exploitées, représentées comme si elles désiraient retirer du plaisir de la douleur, en étant humiliées et traitées seulement comme un objet de domination sexuelle masculine, ou dans des scènes d'asservissement cruelles ou violentes. Dans ces films, les femmes sont représentées comme si leur vie tournait autour de l'attente d'un gros pénis, appartenant à un soi-disant thérapeute sexuel ou à un laveur de vitres, apparemment pour tomber dans une extase sexuelle complète. Ou encore ce qui est plus faux et dégradant, on est amené à croire que la raison d'être de ces femmes est de déguster le sperme comme un élixir de vie ou qu'elles désirent secrètement être prises de force par un homme.

Notamment, le matériel dégradant ou déshumanisant place des femmes (et parfois des hommes) en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation. Il est contraire aux principes d'égalité et de dignité de tous les êtres humains. Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante. Le consentement ne saurait permettre de sauvegarder du matériel qui, par ailleurs, renferme des scènes dégradantes ou déshumanisantes. Parfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants.

Ce genre de matériel échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes. Bien qu'il soit impossible de prouver à coup sûr la justesse de cette perception, il existe un important courant d'opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l'égard des femmes et, par conséquent, de l'ensemble de la société. Voir *Wagner, précité*, à la 336. Voir aussi: Attorney General's Commission on Pornography (la «commission Meese»), *Final Report* (E.U., 1986), vol. 1, aux pp. 938 à 1035; Metro Toronto Task Force on Public Violence Against Women and Children, *Final Report* (1984), à la p. 66; *Report of the Joint Select Committee on Video Material* (Australie, 1988), aux pp. 185 à 230; *Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography* (Nouvelle-Zélande, 1988), vol. 1, aux pp. 38 à 45.

the portrayal of such material. The effect of the evidence on public opinion was summed up by Wilson J. in *Towne Cinema, supra*, at p. 524, as follows:

The most that can be said, I think, is that the public has concluded that exposure to material which degrades the human dimensions of life to a subhuman or merely physical dimension and thereby contributes to a process of moral desensitization must be harmful in some way.

In *Towne Cinema*, Dickson C.J. considered the "degradation" or "dehumanization" test to be the principal indicator of "undue" without specifying what role the community tolerance test plays in respect of this issue. He did observe, however, that the community might tolerate some forms of exploitation that caused harm that were nevertheless undue. The relevant passages appear at p. 505:

There are other ways in which exploitation of sex might be "undue". Ours is not a perfect society and it is unfortunate but true that the community may tolerate publications that cause harm to members of society and therefore to society as a whole. Even if, at certain times, there is a coincidence between what is not tolerated and what is harmful to society, there is no necessary connection between these two concepts. Thus, a legal definition of "undue" must also encompass publications harmful to members of society and, therefore, to society as a whole.

Sex related publications which portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment, may be "undue" for the purpose of s. 159(8). No one should be subject to the degradation and humiliation inherent in publications which link sex with violence, cruelty, and other forms of dehumanizing treatment. It is not likely that at a given moment in a society's history, such publications will be tolerated . . .

However, as I have noted above, there is no necessary coincidence between the undue nature of publications which degrade people by linking violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment with sex, and the community standard of tolerance. Even if certain sex related materials were found to be within the standard of tolerance of the community, it would still be necessary

Il serait raisonnable de conclure que ce genre de matériel risque fort d'entraîner des conséquences nocives pour la société. Dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, à la p. 524, le juge Wilson résume l'incidence de la preuve sur l'opinion publique:

On peut tout au plus affirmer, à mon avis, que le public a conclu que l'exposition à des choses qui dégradent les dimensions humaines de la vie à une dimension moins qu'humaine ou simplement physique doit avoir certaines conséquences nocives.

Dans l'arrêt *Towne Cinema*, le juge en chef Dickson a considéré que le critère du «traitement dégradant ou déshumanisant» constitue le principal indice du «caractère indu», sans toutefois préciser le rôle que le critère de la tolérance sociale joue à cet égard. Il a toutefois fait observer que la société pourrait tolérer certaines formes d'exploitation nocives qui possèdent néanmoins un caractère indu. Les passages pertinents figurent à la p. 505:

L'exploitation des choses sexuelles peut être «indue» d'autres façons. Notre société n'est pas parfaite et il est malheureux mais tout de même vrai que la société peut tolérer des publications nocives pour ses membres et, par conséquent, pour l'ensemble de la société. Même si parfois il y a coïncidence entre ce qui n'est pas toléré et ce qui est nocif pour la société, il n'y a pas nécessairement de lien entre ces deux concepts. Ainsi, la définition légale du mot «indue» doit viser également les publications nocives pour les membres de la société et, par conséquent, pour l'ensemble de la société.

Les publications qui ont trait aux choses sexuelles et qui représentent des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté ou d'autres formes de traitement déshumanisant, peuvent être «indues» au sens du par. 159(8). Nul ne devrait être assujéti à la dégradation et à l'humiliation qui constituent une caractéristique inhérente des publications qui associent les choses sexuelles à la violence, à la cruauté et à d'autres formes de traitement déshumanisant. Il est peu probable qu'à un moment donné dans l'histoire d'une société de telles publications seront tolérées. . .

Cependant, comme je l'ai souligné plus haut, il n'y a pas nécessairement de coïncidence entre la norme sociale de tolérance et le caractère indu des publications qui dégradent des personnes en associant les choses sexuelles à la violence, à la cruauté ou à d'autres formes de traitement déshumanisant. Même si on concluait que certains objets qui ont trait aux choses sexuelles sont

to ensure that they were not “undue” in some other sense, for example in the sense that they portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty, or other forms of dehumanizing treatment. [Emphasis in original.]

In the reasons of Wilson J. concurring in the result, the line between the mere portrayal of sex and the dehumanization of people is drawn by the “undue” concept. The community is the arbiter as to what is harmful to it. She states, at p. 524:

As I see it, the essential difficulty with the definition of obscenity is that “undue” must presumably be assessed in relation to consequences. It is implicit in the definition that at some point the exploitation of sex becomes harmful to the public or at least the public believes that to be so. It is therefore necessary for the protection of the public to put limits on the degree of exploitation and, through the application of the community standard test, the public is made the arbiter of what is harmful to it and what is not. The problem is that we know so little of the consequences we are seeking to avoid. Do obscene movies spawn immoral conduct? Do they degrade women? Do they promote violence? The most that can be said, I think, is that the public has concluded that exposure to material which degrades the human dimensions of life to a subhuman or merely physical dimension and thereby contributes to a process of moral desensitization must be harmful in some way. It must therefore be controlled when it gets out of hand, when it becomes “undue”.

(iii) “*Internal Necessities Test*” or “*Artistic Defence*”

In determining whether the exploitation of sex is “undue”, Judson J. set out the test of “internal necessities” in *Brodie, supra*, at pp. 704-5:

What I think is aimed at is excessive emphasis on the theme for a base purpose. But I do not think that there is undue exploitation if there is no more emphasis on the theme than is required in the serious treatment of the theme of a novel with honesty and uprightness. That the work under attack is a serious work of fiction is to me beyond question. It has none of the characteristics that

conformes à la norme sociale de tolérance, il serait encore nécessaire de s’assurer qu’ils ne sont pas «indus» sous d’autres aspects, en ce sens par exemple qu’ils représentent des personnes d’une manière dégradante, comme faisant l’objet de violence, de cruauté et d’autres formes de traitement déshumanisant. [En italique dans l’original.]

Dans les motifs du juge Wilson, qui a souscrit à la conclusion du Juge en chef, c’est la notion du «caractère indu» qui différencie la simple représentation de choses sexuelles de la déshumanisation de gens. C’est la société qui juge ce qui est nocif pour elle. Elle affirme, à la p. 524:

Si je comprends bien, la difficulté principale que soulève la définition de l’obscénité est que le «caractère indu» doit présument être apprécié en fonction des conséquences. Il ressort implicitement de cette définition qu’à un certain point l’exploitation des choses sexuelles devient nocive pour le public ou, du moins, que le public croit qu’il en est ainsi. Pour protéger ce dernier, il est donc nécessaire de limiter le degré d’exploitation et l’application du critère de la norme sociale permet au public de juger ce qui est nocif pour lui et ce qui ne l’est pas. Le problème est que nous savons très peu de choses sur les conséquences que nous cherchons à éviter. Les films obscènes provoquent-ils une conduite immorale? Sont-ils dégradants pour les femmes? Favorisent-ils la violence? On peut tout au plus affirmer, à mon avis, que le public a conclu que l’exposition à des choses qui dégradent les dimensions humaines de la vie à une dimension moins qu’humaine ou simplement physique doit avoir certaines conséquences nocives. Elle doit pas conséquent être réfrénée lorsqu’elle dépasse les bornes, lorsqu’elle devient «indue».

(iii) *Le «critère des besoins internes» ou le «moyen de défense fondé sur la valeur artistique»*

Pour déterminer si l’exploitation des choses sexuelles est «indue», le juge Judson propose le critère des «besoins internes» dans l’arrêt *Brodie*, précité, aux pp. 704 et 705:

[TRADUCTION] À mon avis, on vise l’accent excessif mis sur le thème à une fin de base. Cependant, je ne crois qu’il y ait exploitation indue si on ne met pas plus l’accent sur ce thème que ce qui est requis pour traiter le thème d’un roman de façon sérieuse, honnête et intègre. Je ne mets pas en doute que l’œuvre attaquée est un ouvrage sérieux de fiction. Elle ne possède aucune des

are often described in judgments dealing with obscenity—dirt for dirt's sake, the leer of the sensualist, depravity in the mind of an author with an obsession for dirt, pornography, an appeal to a prurient interest, etc. The section recognizes that the serious-minded author must have freedom in the production of a work of genuine artistic and literary merit and the quality of the work, as the witnesses point out and common sense indicates, must have real relevance in determining not only a dominant characteristic but also whether there is undue exploitation.

As counsel for the Crown pointed out in his oral submissions, the artistic defence is the last step in the analysis of whether the exploitation of sex is undue. Even material which by itself offends community standards will not be considered "undue", if it is required for the serious treatment of a theme. For example, in *R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, the majority of the Manitoba Court of Appeal held that the film *Last Tango in Paris* was not obscene within the meaning of the *Code*. To determine whether a dominant characteristic of the film is the undue exploitation of sex, Freedman C.J.M. noted that the courts must have regard to various things—the author's artistic purpose, the manner in which he or she has portrayed and developed the story, the depiction and interplay of character and the creation of visual effect through skilful camera techniques (at p. 194). Freedman C.J.M. stated that the issue of whether the film is obscene must be determined according to contemporary community standards in Canada. Relevant to that determination were several factors: the testimony of experts, the classification of "Restricted" which made the film unavailable to persons under 18 years of age and the fact that the film had passed the scrutiny of the censor boards of several provinces.

Accordingly, the "internal necessities" test, or what has been referred to as the "artistic defence",

caractéristiques souvent décrites dans les décisions en matière d'obscénité—l'obscénité pour l'obscénité, la concupiscence du sensualiste, la dépravation dans l'esprit d'un auteur obsédé par l'obscénité, la pornographie, l'appel à un intérêt lascif, etc. L'article reconnaît qu'un auteur sérieux doit jouir d'une certaine liberté pour produire une œuvre ayant une valeur artistique et littéraire réelle et la qualité de cette œuvre, comme l'ont souligné les témoins et comme l'indique le bon sens, doit vraiment permettre d'établir non seulement une caractéristique dominante, mais également s'il y a exploitation indue.

Comme l'a fait ressortir le substitut du procureur général dans sa plaidoirie, le moyen de défense fondé sur la valeur artistique constitue la dernière étape dans l'analyse de la question de savoir si l'exploitation des choses sexuelles est indue. Même le matériel qui contrevient en soi aux normes sociales ne sera pas considéré comme «indue», s'il est requis pour traiter un thème sérieusement. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Odeon Morton Theatres Ltd.* (1974), 16 C.C.C. (2d) 185, la Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a statué que le film *Le dernier tango à Paris* n'était pas obscène au sens du *Code*. Pour déterminer si une caractéristique dominante du film est l'exploitation indue des choses sexuelles, le juge en chef Freedman du Manitoba a souligné que les tribunaux doivent prendre en compte diverses choses, savoir l'objectif artistique de l'auteur, la façon dont il a présenté l'histoire, la représentation et l'interaction des personnages et la création des effets visuels au moyen de jeux habiles de caméra (à la p. 194). Le juge en chef Freedman a affirmé que la question de savoir si le film est obscène doit être tranchée suivant les normes contemporaines de la société canadienne. Plusieurs facteurs doivent être pris en considération pour trancher cette question: le témoignage d'experts, le fait que le film a reçu la cote «Réservé aux adultes» et qu'il ne peut ainsi être présenté aux personnes de moins de 18 ans, et le fait que les organismes de censure de plusieurs provinces ont permis la présentation du film en question.

En conséquence, on a utilisé le critère des «besoins internes» ou ce que l'on a appelé le

has been interpreted to assess whether the exploitation of sex has a justifiable role in advancing the plot or the theme, and in considering the work as a whole, does not merely represent "dirt for dirt's sake" but has a legitimate role when measured by the internal necessities of the work itself.

(iv) *The Relationship of the Tests to Each Other*

This review of jurisprudence shows that it fails to specify the relationship of the tests one to another. Failure to do so with respect to the community standards test and the degrading or dehumanizing test, for example, raises a serious question as to the basis on which the community acts in determining whether the impugned material will be tolerated. With both these tests being applied to the same material and apparently independently, we do not know whether the community found the material to be intolerable because it was degrading or dehumanizing, because it offended against morals or on some other basis. In some circumstances a finding that the material is tolerable can be overruled by the conclusion by the court that it causes harm and is therefore undue. Moreover, is the internal necessities test dominant so that it will redeem material that would otherwise be undue or is it just one factor? Is this test applied by the community or is it determined by the court without regard for the community? This hiatus in the jurisprudence has left the legislation open to attack on the ground of vagueness and uncertainty. That attack is made in this case. This lacuna in the interpretation of the legislation must, if possible, be filled before subjecting the legislation to *Charter* scrutiny. The necessity to do so was foreseen by Wilson J. in *Towne Cinema* when she stated, at p. 525:

The test of the community standard is helpful to the extent that it provides a norm against which impugned material may be assessed but it does little to elucidate the underlying question as to why some exploitation of sex falls on the permitted side of the line under s. 159(8) and some on the prohibited side. No doubt this question

«moyen de défense fondé sur la valeur artistique» pour déterminer si l'exploitation des choses sexuelles joue un rôle justifiable dans le développement de l'intrigue ou du thème et si, d'après l'ensemble de l'œuvre, elle ne représente pas simplement de l'obscénité pour de l'obscénité, mais joue un rôle légitime lorsqu'on l'évalue en fonction des besoins internes de l'œuvre elle-même.

(iv) *La corrélation entre les critères*

Il ressort de cette analyse de la jurisprudence qu'elle ne mentionne pas la corrélation qui existe entre les critères. Cette lacune en ce qui concerne le critère des normes sociales et le critère du traitement dégradant ou déshumanisant, par exemple, soulève une importante question quant aux facteurs sur lesquels se fonde la société pour déterminer si le matériel contesté sera toléré. En appliquant ces deux critères au même matériel et apparemment de façon indépendante, nous ne savons pas si la société a jugé le matériel intolérable parce qu'il était dégradant ou déshumanisant, parce qu'il choquait la morale ou pour quelque autre motif. Dans certaines circonstances, la conclusion que le matériel est tolérable peut être annulée par la conclusion de la cour qu'il est nocif et qu'il constitue donc une exploitation indue. Par ailleurs, le critère des besoins internes est-il dominant au point de racheter le matériel qui autrement constituerait une exploitation indue ou constitue-t-il seulement un facteur parmi d'autres? Ce critère est-il appliqué par la société ou est-il établi par la cour sans tenir compte de la société? Cette lacune dans la jurisprudence fait que le texte législatif peut être attaqué en raison de son caractère imprécis et incertain. C'est à une telle attaque qu'on se livre ici. On doit si possible combler cette lacune dans l'interprétation du texte législatif avant de le soumettre à un examen fondé sur la *Charte*. La nécessité de le faire a été envisagée par le juge Wilson dans l'arrêt *Towne Cinema*, à la p. 525:

Le critère de la norme sociale est utile dans la mesure où il offre une échelle en fonction de laquelle les choses incriminées peuvent être évaluées, mais il fait peu pour élucider la question sous-jacente, savoir, pourquoi une partie de l'exploitation des choses sexuelles tombe du côté des choses permises en vertu du par. 159(8) alors

will have to be addressed when the validity of the obscenity provisions of the *Code* is subjected to attack as an infringement on freedom of speech and the infringement is sought to be justified as reasonable.

Pornography can be usefully divided into three categories: (1) explicit sex with violence, (2) explicit sex without violence but which subjects people to treatment that is degrading or dehumanizing, and (3) explicit sex without violence that is neither degrading nor dehumanizing. Violence in this context includes both actual physical violence and threats of physical violence. Relating these three categories to the terms of s. 163(8) of the *Code*, the first, explicit sex coupled with violence, is expressly mentioned. Sex coupled with crime, horror or cruelty will sometimes involve violence. Cruelty, for instance, will usually do so. But, even in the absence of violence, sex coupled with crime, horror or cruelty may fall within the second category. As for category (3), subject to the exception referred to below, it is not covered.

Some segments of society would consider that all three categories of pornography cause harm to society because they tend to undermine its moral fibre. Others would contend that none of the categories cause harm. Furthermore there is a range of opinion as to what is degrading or dehumanizing. See *Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985) (the Fraser Report), vol. 1, at p. 51. Because this is not a matter that is susceptible of proof in the traditional way and because we do not wish to leave it to the individual tastes of judges, we must have a norm that will serve as an arbiter in determining what amounts to an undue exploitation of sex. That arbiter is the community as a whole.

qu'une autre partie tombe du côté des interdits. Cette question devra indubitablement être examinée lorsque la validité des dispositions du *Code* sur l'obscénité sera attaquée en tant que violation de la liberté d'expression et qu'on cherchera à justifier cette violation par son caractère raisonnable.

La pornographie peut, à toutes fins utiles, être divisée en trois catégories: (1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, (2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent des personnes à un traitement dégradant ou déshumanisant, et (3) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes. La violence dans ce contexte comprend à la fois la violence physique réelle et les menaces de violence physique. Si l'on rapproche ces trois catégories du texte du par. 163(8) du *Code*, la première catégorie, les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, y est expressément mentionnée. Les choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur ou à la cruauté comportent parfois un élément de violence. Par exemple, la cruauté comporte habituellement cet élément. Toutefois, même en l'absence de violence, les choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur ou à la cruauté peuvent relever de la deuxième catégorie. Sous réserve de l'exception mentionnée ci-après, la troisième catégorie n'est pas visée par le paragraphe.

Pour certains segments de la société, ces trois catégories de pornographie seraient nocives à la société parce qu'elles ont tendance à en ébranler la force morale. Pour d'autres, aucune de ces catégories de pornographie n'est nocive. Par ailleurs, il existe tout un éventail d'opinions quant à savoir ce qui constitue un traitement dégradant ou déshumanisant. Voir *La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (le rapport Fraser), vol. 1, à la p. 53. Parce qu'il ne s'agit pas d'une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d'une norme qui fera fonction d'arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l'ensemble de la société.

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. Harm in this context means that it predisposes persons to act in an anti-social manner as, for example, the physical or mental mistreatment of women by men, or, what is perhaps debatable, the reverse. Anti-social conduct for this purpose is conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. The stronger the inference of a risk of harm the lesser the likelihood of tolerance. The inference may be drawn from the material itself or from the material and other evidence. Similarly evidence as to the community standards is desirable but not essential.

In making this determination with respect to the three categories of pornography referred to above, the portrayal of sex coupled with violence will almost always constitute the undue exploitation of sex. Explicit sex which is degrading or dehumanizing may be undue if the risk of harm is substantial. Finally, explicit sex that is not violent and neither degrading nor dehumanizing is generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production.

If material is not obscene under this framework, it does not become so by reason of the person to whom it is or may be shown or exposed nor by reason of the place or manner in which it is shown. The availability of sexually explicit materials in theatres and other public places is subject to regulation by competent provincial legislation. Typically such legislation imposes restrictions on the material available to children. See *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662.

The foregoing deals with the interrelationship of the "community standards test" and "the degrading

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale comme, par exemple, le fait pour un homme de maltraiter physiquement ou mentalement une femme ou vice versa, ce qui peut être discutable. Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance. Cette conclusion peut être tirée à partir du matériel même ou à partir du matériel et d'autres éléments de preuve. En outre, la preuve des normes sociales est souhaitable, mais non essentielle.

Dans la classification des choses sexuelles en fonction des trois catégories de pornographie susmentionnées, la représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constitue presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants.

Si, dans ce cadre, le matériel n'est pas obscène, il ne le devient pas en raison de la personne qui le voit ou risque de le voir ni de l'endroit ou de la façon dont il est présenté. La présentation de matériel sexuellement explicite dans les cinémas et autres endroits publics est régie par les lois provinciales pertinentes. Généralement, ces textes législatifs établissent des restrictions relativement au matériel présenté aux enfants. Voir l'arrêt *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662.

Nous venons d'examiner la corrélation qui existe entre le «critère des normes sociales» et le

or dehumanizing” test. How does the “internal necessities” test fit into this scheme? The need to apply this test only arises if a work contains sexually explicit material that by itself would constitute the undue exploitation of sex. The portrayal of sex must then be viewed in context to determine whether that is the dominant theme of the work as a whole. Put another way, is undue exploitation of sex the main object of the work or is this portrayal of sex essential to a wider artistic, literary, or other similar purpose? Since the threshold determination must be made on the basis of community standards, that is, whether the sexually explicit aspect is undue, its impact when considered in context must be determined on the same basis. The court must determine whether the sexually explicit material when viewed in the context of the whole work would be tolerated by the community as a whole. Artistic expression rests at the heart of freedom of expression values and any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression.

C. Does s. 163 Violate s. 2(b) of the Charter?

The majority of the Court of Appeal in this case allowed the appeal of the Crown on the ground that s. 163 does not violate freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Charter*. Huband J.A. applied the first step of the test set out in *Irwin Toy*, *supra*, as follows (at p. 230):

In this case, it is unnecessary to proceed beyond the first step because the materials are devoid of a “meaning”. That word, as it is employed in the majority reasons in the *Irwin Toy* case, leads to the realm of ideas, opinions, thoughts, beliefs, or feelings. Expression for economic purposes is included because commercial expression conveys meaning. But the majority judgment in the *Irwin Toy* case acknowledges that “... some human activity is purely physical and does not convey

critère du «traitement dégradant ou déshumanisant». Quelle est alors la place du critère des «besoins internes» dans ce régime? Il faut appliquer ce critère seulement si une œuvre renferme du matériel sexuellement explicite qui, en lui-même, constituerait une exploitation indue des choses sexuelles. Il faut situer la représentation de choses sexuelles dans son contexte pour déterminer si elle constitue le thème dominant de l'ensemble de l'œuvre. En d'autres termes, l'exploitation indue de choses sexuelles constitue-t-elle l'objet principal de l'œuvre ou cette représentation des choses sexuelles est-elle essentielle à une fin artistique ou littéraire plus générale ou à une autre fin semblable? Puisque la détermination préliminaire doit être faite en fonction de normes sociales, savoir si l'aspect sexuellement explicite est indu, l'incidence de l'œuvre examinée dans son contexte doit être déterminée de la même manière. Le tribunal doit déterminer si le matériel sexuellement explicite, envisagé dans le contexte de l'ensemble de l'œuvre, serait toléré par l'ensemble de la société. L'expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d'expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression.

f C. L'article 163 contrevient-il à l'al. 2b) de la Charte?

Dans la présente affaire, la Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel du ministère public pour le motif que l'art. 163 ne contrevient pas à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Le juge Huband a appliqué ainsi la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité (à la p. 230):

[TRADUCTION] En l'espèce, il est inutile d'aller au-delà de la première étape parce que le matériel ne renferme pas de «message». Ce terme, au sens où il est employé dans les motifs majoritaires de l'affaire *Irwin Toy*, nous entraîne dans le domaine des idées, des opinions, des pensées, des croyances ou des sentiments. L'expression à des fins économiques est incluse parce que l'expression commerciale transmet un message. Toutefois, la décision rendue à la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy* reconnaît que «... certaines activités humaines sont purement physiques et ne transmettent ni

or attempt to convey meaning”. I think that is true of the materials in this case. [Emphasis added.]

In my view, the majority of the Manitoba Court of Appeal erred in several respects in its application of the test enunciated in *Irwin Toy*. First, Huband J.A. misinterpreted the distinction between purely physical activity and activity having expressive content. The subject matter of the materials in this case is clearly “physical”, but this does not mean that the materials do not convey or attempt to convey meaning such that they are without expressive content. An example of the “purely physical” activity alluded to in *Irwin Toy* was that of parking a car which, if performed as a day-to-day task, cannot be said to have expressive content. Such purely physical activity may be distinguished from that form of activity which we are concerned with in the present appeal which, while indeed “physical”, conveys ideas, opinions, or feelings. As Twaddle J.A. noted, at pp. 237-38:

The subject matter of the material under review . . . is sexual activity. Such activity is part of the human experience The depiction of such activity has the potential of titillating some and of informing others. How can images which have such effect be meaningless?

In my view, the content of a video movie, the content of a magazine and the imagery of a sexual gadget are all within the freedom of expression.

Second, the majority of the Court of Appeal erred in failing to properly draw the distinction between the content of the materials and the form of expression. Huband J.A. wrote, at p. 230:

Concerning the form of the activity, it falls within an area which has been criminalized as an offence relating to public morality — an area identified by Lamer J. in his reasons for decision in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c), supra*, as one where the form might well be unprotected by the Charter. The form consists of the undue exploitation of sex, the degradation of human sexuality. In my view, the form of the activity is not one

ne tentent de transmettre une signification.» Je crois que c’est le cas du matériel en l’espèce. [Je souligne.]

À mon avis, la Cour d’appel du Manitoba à la majorité a commis une erreur à plusieurs égards lorsqu’elle a appliqué le critère énoncé dans l’arrêt *Irwin Toy*. Premièrement, le juge Huband a mal interprété la distinction entre l’activité purement physique et l’activité ayant un contenu expressif. En l’espèce, l’objet du matériel est de toute évidence «physique», mais cela ne signifie pas que ce matériel ne transmet ni ne tente de transmettre aucune signification de manière à être dénué de contenu expressif. L’arrêt *Irwin Toy* mentionne comme exemple d’activité «purement physique» le fait de stationner une voiture, une activité dont on ne peut dire, si elle est répétée tous les jours, qu’elle a un contenu expressif. On peut établir une distinction entre une telle activité purement physique et la forme d’activité qui nous intéresse dans le présent pourvoi qui, tout en étant «physique», transmet des idées, des opinions ou des sentiments. Comme l’indique le juge Twaddle, aux pp. 237 et 238:

[TRADUCTION] L’objet du matériel examiné [. . .] est l’activité sexuelle. Cette activité fait partie de l’expérience humaine [. . .] La représentation de cette activité peut exciter certaines personnes et en informer d’autres. Comment peut-on soutenir que les images qui ont un tel effet ne transmettent pas de message?

À mon avis, le contenu d’une bande magnétoscopique, le contenu d’un magazine et la représentation d’un stimulant érotique entrent tous dans le champ de la liberté d’expression.

Deuxièmement, la Cour d’appel à la majorité a commis une erreur en omettant de bien établir une distinction entre le contenu du matériel et la forme d’expression. Le juge Huband écrit, à la p. 230:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la forme de l’activité, elle fait partie d’un domaine qui a été criminalisé sous la forme d’une infraction contre la moralité publique — un domaine que le juge Lamer a décrit, dans les motifs qu’il a rédigés dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c)*, précité, comme un domaine où la forme de l’expression pourrait bien ne pas être protégée par la *Charte*. Cette forme d’expres-

which the Charter was designed or intended to protect. Thus, in terms of both content and form the activity properly falls within the regulated area of freedom of expression. [Emphasis added.]

The form of activity in this case is the medium through which the meaning sought to be conveyed is expressed, namely, the film, magazine, written matter, or sexual gadget. There is nothing inherently violent in the vehicle of expression, and it accordingly does not fall outside the protected sphere of activity.

In light of our recent decision in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, the respondent, and most of the parties intervening in support of the respondent, do not take issue with the proposition that s. 163 of the *Criminal Code* violates s. 2(b) of the *Charter*. In *Keegstra*, we were unanimous in advocating a generous approach to the protection afforded by s. 2(b) of the *Charter*. Our Court confirmed the view expressed in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the "*Prostitution Reference*"), that activities cannot be excluded from the scope of the guaranteed freedom on the basis of the content or meaning being conveyed. McLachlin J. wrote, at p. 828:

As this Court has repeatedly affirmed, the content of a statement cannot deprive it of the protection accorded by s. 2(b), no matter how offensive it may be. The content of Mr. Keegstra's statements was offensive and demeaning in the extreme; nevertheless, on the principles affirmed by this Court, that alone would appear not to deprive them of the protection guaranteed by the *Charter*.

With respect, the majority of the Court of Appeal did not sufficiently distance itself from the content of the materials. In assessing the purpose of the legislation, the majority stated, at pp. 230-31:

The purpose of s. 163 of the *Code* is not to interfere with the free exchange of ideas and opinions, and not to suppress the attempt to convey a message or a meaning. The intent of the legislation is to bar the distribution or

sion consiste en l'exploitation indue des choses sexuelles, la dégradation de la sexualité humaine. À mon avis, la forme de l'activité n'en est pas une que la Charte visait à protéger. En conséquence, tant du point de vue de la forme que du contenu, l'activité relève à bon droit du champ réglementé de la liberté d'expression. [Je souligne.]

La forme de l'activité en l'espèce est le moyen par lequel le message que l'on veut transmettre est exprimé, savoir le film, le magazine, l'écrit ou le stimulant érotique. Le mode d'expression n'a rien de violent en soi et il ne tombe donc pas à l'extérieur du champ d'activité protégé.

Compte tenu de notre arrêt récent *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, l'intimée et la plupart des parties intervenantes en sa faveur ne contestent pas la proposition que l'art. 163 du *Code criminel* contrevient à l'al. 2b) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Keegstra*, nous avons préconisé, à l'unanimité, une interprétation libérale de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte*. Notre Cour a confirmé l'opinion exprimée dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le «*Renvoi sur la prostitution*»), selon laquelle des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté garantie en raison du contenu ou du message transmis. Le juge McLachlin a écrit, à la p. 828:

Comme l'a affirmé notre Cour à maintes reprises, le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2b), si offensant qu'il puisse être. Le contenu des assertions de M. Keegstra est extrêmement offensant et avilissant; néanmoins, suivant les principes posés par notre Cour, cela ne semble pas suffisant pour leur faire perdre la protection garantie par la *Charte*.

En toute déférence, la Cour d'appel à la majorité ne s'est pas suffisamment dissociée du contenu du matériel. En évaluant l'objet de la disposition, la cour à la majorité affirme, aux pp. 230 et 231:

[TRADUCTION] L'article 163 ne vise pas à restreindre l'échange d'idées et d'opinions ni à supprimer la tentative de transmettre un message. Cette disposition législative vise à interdire la distribution ou la vente de maté-

sale of prurient materials devoid of a redeeming meaning.

Meaning sought to be expressed need not be “redeeming” in the eyes of the court to merit the protection of s. 2(b), whose purpose is to ensure that thoughts and feelings may be conveyed freely in non-violent ways without fear of censure.

In this case, both the purpose and effect of s. 163 are specifically to restrict the communication of certain types of materials based on their content. In my view, there is no doubt that s. 163 seeks to prohibit certain types of expressive activity and thereby infringes s. 2(b) of the *Charter*.

Before turning to consider whether this infringement is justified under s. 1 of the *Charter*, I wish to address the argument advanced by the Attorney General of British Columbia that in applying s. 2(b), a distinction should be made between films and written works. It is argued that by its very nature, the medium of the written word is such that it is, when used, inherently an attempt to convey meaning. In contrast, British Columbia argues that the medium of film can be used for a purpose “not significantly communicative”. In its factum, British Columbia maintains that if the activity captured in hard core pornographic magazines and videotapes is itself not expression, the fact that they are reproduced by the technology of a camera does not magically transform them into “expression”: the appellant cannot hide behind the label “film” to claim protection for the reproduction of activity the sole purpose of which is to arouse or shock.

In my view, this submission cannot be maintained. This position is not far from that taken by the majority of the Court of Appeal, that the depiction of purely physical activity does not convey meaning. First, I cannot agree with the premise that purely physical activity, such as sexual activity, cannot be expression. Second, in creating a film, regardless of its content, the maker of the

riel lascif dénué de signification susceptible de le racheter.

Le message que l’on cherche à exprimer n’a pas à être «susceptible de racheter» aux yeux du tribunal pour bénéficié de la protection de l’al. 2b) dont l’objet est d’assurer que les opinions et les sentiments puissent être communiqués librement d’une manière non violente, sans crainte de censure.

En l’espèce, l’art. 163 a précisément pour objet et pour effet de restreindre la communication de certains types de matériel en fonction de leur contenu. À mon avis, l’art. 163 cherche indubitablement à interdire certains types d’activités expressives et viole, de ce fait, l’al. 2b) de la *Charte*.

Avant d’examiner si cette violation est justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*, je tiens à aborder l’argument présenté par le procureur général de la Colombie-Britannique, selon lequel on devrait, en appliquant l’al. 2b), établir une distinction entre les films et les œuvres écrites. On soutient que, de par sa nature même, l’expression écrite, lorsqu’on y recourt, constitue intrinsèquement une tentative de transmettre un message. Par contre, la Colombie-Britannique fait valoir que le film peut être utilisé à une fin [TRADUCTION] «non véritablement de communication». Dans son mémoire, la Colombie-Britannique soutient que si l’activité représentée dans les magazines et les vidéocassettes de pornographie intégrale ne constitue pas en soi une expression, le fait qu’elle soit reproduite au moyen d’une caméra ne la transforme pas par magie en une «expression»: l’appellant ne peut invoquer le fait qu’il s’agit d’un «film» pour revendiquer une protection pour la reproduction d’une activité dont le seul objet est de stimuler ou de choquer.

À mon avis, cet argument ne saurait tenir. Cette position n’est pas loin de celle adoptée par la Cour d’appel à la majorité, savoir que la représentation d’une activité purement physique ne transmet pas un message. Premièrement, je ne puis être d’accord avec la prémisse qu’une activité purement physique, comme l’activité sexuelle, ne peut constituer une expression. Deuxièmement, en tournant

film is consciously choosing the particular images which together constitute the film. In choosing his or her images, the creator of the film is attempting to convey some meaning. The meaning to be ascribed to the work cannot be measured by the reaction of the audience, which, in some cases, may amount to no more than physical arousal or shock. Rather, the meaning of the work derives from the fact that it has been intentionally created by its author. To use an example, it may very well be said that a blank wall in itself conveys no meaning. However, if one deliberately chooses to capture that image by the medium of film, the work necessarily has some meaning for its author and thereby constitutes expression. The same would apply to the depiction of persons engaged in purely sexual activity.

I would conclude that the first constitutional question should be answered in the affirmative.

D. *Is s. 163 Justified Under s. 1 of the Charter?*

(a) Is s. 163 a Limit Prescribed by Law?

The appellant argues that the provision is so vague that it is impossible to apply it. Vagueness must be considered in relation to two issues in this appeal: (1) is the law so vague that it does not qualify as "a limit prescribed by law"; and (2) is it so imprecise that it is not a reasonable limit. Dealing with (1), the test is whether the law "is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools" (*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 94). Put another way, does the law provide "an intelligible standard according to which the judiciary must do its work" (*Irwin Toy, supra*, at p. 983; adopted in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, *supra*, at p. 96).

In assessing whether s. 163(8) prescribes an intelligible standard, consideration must be given

un film, quel qu'en soit le contenu, le producteur choisit consciemment les scènes qui seront incluses dans le film. Dans le choix des scènes, l'auteur du film tente de transmettre un certain message. Le message qu'il faut attribuer à l'œuvre ne saurait être mesuré en fonction de la réaction de l'auditoire qui, dans certains cas, sera simplement stimulé physiquement ou choqué. Le message de l'œuvre est celui que son auteur lui a intentionnellement attribué. À titre d'exemple, on peut très bien dire qu'un mur blanc ne transmet pas de message. Toutefois, si l'on choisit délibérément de capter cette image sur film, l'œuvre a nécessairement une signification pour son auteur et constitue une expression. On pourrait affirmer la même chose relativement à la représentation de personnes qui se livrent à une activité purement sexuelle.

Je suis d'avis de répondre par l'affirmative à la première question constitutionnelle.

D. *L'article 163 est-il justifié en vertu de l'article premier de la Charte?*

a) L'article 163 constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit?

L'appelant soutient que la disposition est si imprécise qu'il est impossible de l'appliquer. L'imprécision doit être analysée par rapport à deux questions soulevées dans le présent pourvoi: (1) la disposition législative est-elle imprécise au point de ne pouvoir être qualifiée de limite prescrite «par une règle de droit», et (2) est-elle imprécise au point de ne pas constituer une limite raisonnable. En ce qui concerne le premier point, le critère est de savoir si la disposition est «si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exactement» (*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 94). En d'autres termes, la disposition formule-t-elle «une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions» (*Irwin Toy, précité*, à la p. 983; adopté dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, *précité*, à la p. 96).

Pour déterminer si le par. 163(8) prescrit une norme intelligible, il faut examiner la façon dont la

to the manner in which the provision has been judicially interpreted. Accordingly, in the *Prostitution Reference, supra*, the majority reached the conclusion that words such as “acts of indecency” were capable of constituting a limit prescribed by law. Lamer J. (as he then was) stated, at p. 1157:

Also, as the Ontario Court of Appeal has held in *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, at p. 173, “the void for vagueness doctrine is not to be applied to the bare words of the statutory provision but, rather, to the provision as interpreted and applied in judicial decisions”.

The fact that a particular legislative term is open to varying interpretations by the courts is not fatal. As Beetz J. observed in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 107, “[f]lexibility and vagueness are not synonymous”. Therefore the question at hand is whether the impugned sections of the *Criminal Code* can be or have been given sensible meanings by the courts.

Standards which escape precise technical definition, such as “undue”, are an inevitable part of the law. The *Criminal Code* contains other such standards. Without commenting on their constitutional validity, I note that the terms “indecent”, “immoral” or “scurrilous”, found in ss. 167, 168, 173 and 175, are nowhere defined in the *Code*. It is within the role of the judiciary to attempt to interpret these terms. If such interpretation yields an intelligible standard, the threshold test for the application of s. 1 is met. In my opinion, the interpretation of s. 163(8) in prior judgments which I have reviewed, as supplemented by these reasons, provides an intelligible standard.

(b) Objective

The respondent argues that there are several pressing and substantial objectives which justify overriding the freedom to distribute obscene materials. Essentially, these objectives are the avoidance of harm resulting from antisocial attitudinal changes that exposure to obscene material causes and the public interest in maintaining a “decent society”. On the other hand, the appellant

disposition a été interprétée par les tribunaux. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité, notre Cour à la majorité a conclu que l’expression «actes d’indécence», notamment, pouvait constituer une limite prescrite «par une règle de droit». Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dit, à la p. 1157:

De plus, comme la Cour d’appel de l’Ontario l’a dit dans l’arrêt *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, à la p. 173, [TRADUCTION] «la théorie de la nullité pour cause d’imprécision ne doit pas être appliquée au simple libellé de la disposition législative, mais à la disposition elle-même telle qu’elle a été interprétée et appliquée par les tribunaux».

Le fait qu’un terme législatif particulier soit susceptible de diverses interprétations par les tribunaux n’est pas fatal. Comme le juge Beetz l’a souligné dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 107, «[s]ouplésses n’est pas synonyme d’imprécision». Par conséquent, la question en l’espèce est de savoir si les tribunaux peuvent ou ont pu donner un sens raisonnable aux dispositions contestées du *Code criminel*.

Les normes qui échappent à une définition technique précise, comme le terme «indue», font inévitablement partie du droit. Le *Code criminel* renferme d’autres normes de même nature. Sans aborder la question de leur constitutionnalité, je remarque que les termes «indécents», «immoraux» ou «injurieux et grossier», que l’on trouve aux art. 167, 168, 173 et 175, ne sont pas définis dans le *Code*. Il appartient aux tribunaux de tenter d’interpréter ces termes. Si cette interprétation donne une norme intelligible, on a satisfait au critère préliminaire pour l’application de l’article premier. À mon avis, l’interprétation du par. 163(8) dans les décisions antérieures que je viens d’analyser, et que viennent compléter les présents motifs, permet de formuler une norme intelligible.

b) L’objectif

L’intimée prétend qu’il existe plusieurs objectifs urgents et réels qui justifient la suppression de la liberté de distribution du matériel obscène. Essentiellement, ces objectifs visent, d’une part, à éviter le préjudice auquel donnent lieu les changements d’attitude antisociaux causés par le fait d’être exposé à du matériel obscène et, d’autre part, à maintenir, dans l’intérêt du public, une «société

argues that the objective of s. 163 is to have the state act as “moral custodian” in sexual matters and to impose subjective standards of morality.

The obscenity legislation and jurisprudence prior to the enactment of s. 163 were evidently concerned with prohibiting the “immoral influences” of obscene publications and safeguarding the morals of individuals into whose hands such works could fall. The *Hicklin* philosophy posits that explicit sexual depictions, particularly outside the sanctioned contexts of marriage and procreation, threatened the morals or the fabric of society (C. Beckton, “Freedom of Expression (s. 2(b))”, in Tarnopolsky and Beaudoin (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), at p. 105. In this sense, its dominant, if not exclusive, purpose was to advance a particular conception of morality. Any deviation from such morality was considered to be inherently undesirable, independently of any harm to society. As Judson J. described the test in *Brodie, supra*, at pp. 704-5:

[The work under attack] has none of the characteristics that are often described in judgments dealing with obscenity—dirt for dirt’s sake, the leer of the sensualist, depravity in the mind of an author with an obsession for dirt, pornography, an appeal to a prurient interest, etc.

I agree with Twaddle J.A. of the Court of Appeal that this particular objective is no longer defensible in view of the *Charter*. To impose a certain standard of public and sexual morality, solely because it reflects the conventions of a given community, is inimical to the exercise and enjoyment of individual freedoms, which form the basis of our social contract. D. Dyzenhaus, “Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality” (1991), 1 C.R. (4th) 367, at p. 370, refers to this as “legal moralism”, of a majority deciding what values should inform individual lives and then coercively imposing those values on minorities. The prevention of “dirt for dirt’s sake” is not a legitimate objective which would justify the violation of one

décente». Par contre, l’appelant soutient que l’art. 163 vise à faire de l’État le «gardien des mœurs» en matière sexuelle et à imposer des normes subjectives de moralité.

Avant l’adoption de l’art. 163, la législation et la jurisprudence en matière d’obscénité visaient évidemment à éliminer les «influences immorales» des publications obscènes et à sauvegarder la moralité des personnes qui pourraient les voir. La philosophie de l’arrêt *Hicklin* pose en principe que les représentations sexuelles explicites, notamment en dehors des contextes approuvés du mariage et de la procréation, menacent la moralité ou la structure de la société (C. Beckton, «La liberté d’expression (al. 2b)», dans Tarnopolsky et Beaudoin (éd.), *La Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 135. En ce sens, l’objectif dominant, voire le seul, était de favoriser une conception particulière de la moralité. Toute dérogation à cette moralité était considérée comme peu souhaitable en soi, indépendamment du préjudice causé à la société. Comme le juge Judson décrit le critère dans l’arrêt *Brodie*, précité, aux pp. 704 et 705:

[TRADUCTION] [L’ouvrage attaqué] ne possède aucune des caractéristiques souvent décrites dans les décisions en matière d’obscénité—l’obscénité pour l’obscénité, la concupiscence du sensualiste, la dépravation dans l’esprit d’un auteur obsédé par l’obscénité, la pornographie, l’appel à un intérêt lascif, etc.

Je suis d’accord avec le juge Twaddle de la Cour d’appel que cet objectif particulier n’est plus défendable compte tenu de la *Charte*. Imposer une certaine norme de moralité publique et sexuelle, seulement parce qu’elle reflète les conventions d’une société donnée, va à l’encontre de l’exercice et de la jouissance des libertés individuelles qui forment la base de notre contrat social. D. Dyzenhaus, «Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality» (1991), 1 C.R. (4th) 367, à la p. 370, dit qu’il s’agit là d’un [TRADUCTION] «moralisme légal», d’une majorité qui décide quelles sont les valeurs qui devraient guider la vie de chacun, pour ensuite imposer ces valeurs aux minorités. La prévention de «l’obscénité pour l’obscénité» ne cons-

of the most fundamental freedoms enshrined in the *Charter*.

On the other hand, I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society. As Dyzenhaus, *supra*, at p. 376, writes:

Moral disapprobation is recognized as an appropriate response when it has its basis in *Charter* values.

As the respondent and many of the interveners have pointed out, much of the criminal law is based on moral conceptions of right and wrong and the mere fact that a law is grounded in morality does not automatically render it illegitimate. In this regard, criminalizing the proliferation of materials which undermine another basic *Charter* right may indeed be a legitimate objective.

In my view, however, the overriding objective of s. 163 is not moral disapprobation but the avoidance of harm to society. In *Towne Cinema*, Dickson C.J. stated, at p. 507:

It is harm to society from undue exploitation that is aimed at by the section, not simply lapses in propriety or good taste.

The harm was described in the following way in the *Report on Pornography* by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs (MacGuigan Report) (1978), at p. 18:4:

The clear and unquestionable danger of this type of material is that it reinforces some unhealthy tendencies in Canadian society. The effect of this type of material is to reinforce male-female stereotypes to the detriment of both sexes. It attempts to make degradation, humiliation, victimization, and violence in human relationships appear normal and acceptable. A society which holds that egalitarianism, non-violence, consensualism, and mutuality are basic to any human interaction, whether

titue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l'une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*.

Par contre, je ne puis souscrire à l'opinion de l'appellant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique. Comme l'indique Dyzenhaus, précité, à la p. 376:

[TRADUCTION] La désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la *Charte*.

Comme l'intimée et de nombreux intervenants l'ont fait ressortir, une bonne partie du droit criminel repose sur des conceptions morales de ce qui est bon et de ce qui est mauvais, et le simple fait qu'un texte législatif soit fondé sur la moralité ne le rend pas automatiquement illégitime. À cet égard, criminaliser la prolifération du matériel qui porte atteinte à un autre droit fondamental garanti par la *Charte* peut bien constituer un objectif légitime.

À mon avis, toutefois, l'art. 163 vise avant tout non pas à susciter la désapprobation morale, mais à éviter qu'un préjudice soit causé à la société. Dans l'arrêt *Towne Cinema*, le juge en chef Dickson affirme, à la p. 507:

C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise et non simplement le manque de convenance ou de bon goût.

Voici comment ce préjudice a été décrit dans le *Rapport sur la pornographie* du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques (rapport MacGuigan) (1978), à la p. 18:4:

Le danger évident et incontestable de ce genre de matériel est qu'il encourage certaines tendances malsaines au sein de notre société canadienne. Il met l'accent sur les stéréotypes masculins et féminins au détriment des deux sexes. La dégradation, l'humiliation, la soumission et à l'en croire, la violence dans les relations humaines seraient tout à fait normales et acceptables. Une société qui considère que l'égalité, entre ses membres, la suppression de la violence, le libre choix et

sexual or other, is clearly justified in controlling and prohibiting any medium of depiction, description or advocacy which violates these principles.

The appellant argues that to accept the objective of the provision as being related to the harm associated with obscenity would be to adopt the "shifting purpose" doctrine explicitly rejected in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. This Court concluded in that case that a finding that the *Lord's Day Act* has a secular purpose was not possible given that its religious purpose, in compelling sabbatical observance, has been long-established and consistently maintained by the courts. The appellant relies on the words of Dickson J. (as he then was), at pp. 335-36:

... the theory of a shifting purpose stands in stark contrast to fundamental notions developed in our law concerning the nature of "Parliamentary intention". Purpose is a function of the intent of those who drafted and enacted the legislation at the time, and not of any shifting variable.

While the effect of such legislation as the *Lord's Day Act* may be more secular today than it was in 1677 or in 1906, such a finding cannot justify a conclusion that its purpose has similarly changed. In result, therefore, the *Lord's Day Act* must be characterized as it has always been, a law the primary purpose of which is the compulsion of sabbatical observance.

I do not agree that to identify the objective of the impugned legislation as the prevention of harm to society, one must resort to the "shifting purpose" doctrine. First, the notions of moral corruption and harm to society are not distinct, as the appellant suggests, but are inextricably linked. It is moral corruption of a certain kind which leads to the detrimental effect on society. Second, and more importantly, I am of the view that with the enactment of s. 163, Parliament explicitly sought to address the harms which are linked to certain types of obscene materials. The prohibition of such materials was based on a belief that they had a detrimental impact on individuals exposed to them and consequently on society as a whole. Our

la réciprocité constituent la base de toutes les relations humaines, sexuelles ou autres, est nettement justifiée de régir et d'interdire toute forme de description ou d'incitation qui viole ces principes.

^a D'après l'appellant, accepter que l'objectif de la disposition se rapporte au préjudice lié à l'obscénité, c'est adopter la théorie de «l'objet changeant» qui a explicitement été rejetée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans cet arrêt, notre Cour a statué qu'il n'est pas possible de conclure que la *Loi sur le dimanche* a un objet laïque puisque, l'objet religieux qu'elle poursuit, en rendant obligatoire l'observance du dimanche, est établi depuis longtemps et a été constamment confirmé par les tribunaux. L'appellant se fonde sur les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef), aux pp. 335 et 336:

^d ... la théorie de l'objet changeant contraste nettement avec les notions fondamentales qui se sont formées dans notre droit au sujet de la nature de «l'intention du législateur». L'objet d'une loi est fonction de l'intention de ceux qui l'ont rédigée et adoptée à l'époque, et non pas d'un facteur variable quelconque.

Bien que l'effet d'une loi comme la *Loi sur le dimanche* puisse être plus laïque aujourd'hui qu'il ne l'était en 1677 ou en 1906, cela ne peut permettre de conclure que son objet a changé pareillement. En définitive, la *Loi sur le dimanche* doit donc être qualifiée, comme elle l'a toujours été, de loi qui a principalement pour objet de rendre obligatoire l'observance du dimanche.

^g Je n'accepte pas que l'on doive recourir à la théorie de «l'objet changeant» pour décrire l'objectif de la disposition attaquée comme étant d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société. D'abord, les notions de corruption morale et de préjudice causé à la société constituent non pas des notions distinctes, comme le prétend l'appellant, mais plutôt des notions inextricablement liées. C'est la corruption morale d'un certain type qui entraîne l'effet nocif sur la société. Ensuite, et qui plus est, je suis d'avis qu'en adoptant l'art. 163, le Parlement a explicitement cherché à s'attaquer aux préjudices liés à certains types de matériel obscène. L'interdiction de ce matériel obscène était fondée sur la conviction qu'il avait un effet nocif sur les per-

understanding of the harms caused by these materials has developed considerably since that time; however this does not detract from the fact that the purpose of this legislation remains, as it was in 1959, the protection of society from harms caused by the exposure to obscene materials. In this regard, I lend support to the analysis of Charron Dist. Ct. J. in *R. v. Fringe Product Inc.*, *supra*, at p. 443:

Even though one can still find an emphasis on the enforcement of moral standards of decency in relation to expression in sexual matters in the jurisprudence subsequent to the enactment of s-s.(8), it is clear that, by the very words it has chosen, Parliament in 1959 moved beyond such narrow concern and expanded the scope of the legislation to include further concerns with respect to sex combined with crime, horror, cruelty and violence.

It is the harm to society resulting from the undue exploitation of such matters which is aimed by the section. The "harm" conceived by Parliament in 1959 may not have been expressed in the same words as one would today. The court is not limited to a 1959 perspective in the determination of this matter. As noted in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney-General)*, [[1989] 1 S.C.R. 927, at p. 984]:

In showing that the legislation pursues a pressing and substantial objective, it is not open to the government to assert *post facto* a purpose which did not animate the legislation in the first place . . . However, in proving that the original objective remains pressing and substantial, the government surely can and should draw upon the best evidence currently available. The same is true as regards proof that the measure is proportional to its objective . . . It is equally possible that a purpose which was not demonstrably pressing and substantial at the time of the legislative enactment becomes demonstrably pressing and substantial with the passing of time and the changing of circumstances.

In 1959, the harm to society caused by the undue exploitation of sex or of sex and other named matters may well have been defined more strictly in terms of public morality, *i.e.*, that such expression offended society's sense of right and wrong. It may well be that if such was the only identifiable harm today that the legislation could not be said to pertain to pressing and sub-

sonnes qui le voyaient et, par conséquent, sur l'ensemble de la société. Notre compréhension des préjudices causés par ce matériel a évolué considérablement depuis lors; toutefois, cela ne déroge pas au fait que l'objet de ce texte législatif demeure, comme c'était le cas en 1959, la protection de la société contre les préjudices découlant de l'exposition au matériel obscène. À cet égard, je souscris à l'analyse du juge Charron de la Cour de district, dans la décision *R. c. Fringe Product Inc.*, précitée, à la p. 443:

[TRADUCTION] Bien que l'on puisse encore trouver, dans la jurisprudence ultérieure à l'adoption du par. (8), un accent sur le respect des normes morales de décence relativement à l'expression en matière sexuelle, il est évident que le Parlement, de par le libellé qu'il a retenu, est, en 1959, allé au-delà de cette préoccupation étroite et a élargi la portée du texte législatif pour inclure d'autres préoccupations ayant trait aux choses sexuelles combinées au crime, à l'horreur, à la cruauté et à la violence.

C'est le préjudice causé à la société par l'exploitation indue que cet article vise. Le «préjudice» envisagé par le Parlement en 1959 ne serait peut-être pas exprimé de la même façon aujourd'hui. Le tribunal n'est pas limité, dans la détermination de cette question, à la perspective de 1959. Comme l'indique l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [[1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 984]:

Pour démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel, le gouvernement ne peut invoquer a posteriori un objet qui n'a pu motiver l'adoption de la loi à l'origine [. . .] Toutefois, pour établir que l'objectif premier demeure urgent et réel, le gouvernement peut certainement et doit même faire appel aux meilleurs éléments de preuve qui existent au moment de l'analyse. Il en est de même en ce qui concerne la preuve que la mesure est proportionnelle à son objectif [. . .] Il est également possible d'établir qu'un objet, dont le caractère urgent et réel ne pouvait pas être établi à l'époque de l'adoption du texte législatif, a acquis ce caractère avec le temps et l'évolution des circonstances.

En 1959, le préjudice causé à la société par l'exploitation indue des choses sexuelles ou des choses sexuelles et de l'un des autres sujets nommés aurait bien pu être été défini plus strictement du point de vue de la moralité publique, savoir que cette expression allait à l'encontre de ce que la société considérait comme bon ou mauvais. Il se peut bien que, si c'était là le seul préjudice identi-

stantial concerns thereby warranting an infringement of the right of expression. But that is not so. The harm goes beyond public morality in this narrow sense.

A permissible shift in emphasis was built into the legislation when, as interpreted by the courts, it adopted the community standards test. Community standards as to what is harmful have changed since 1959.

This being the objective, is it pressing and substantial? Does the prevention of the harm associated with the dissemination of certain obscene materials constitute a sufficiently pressing and substantial concern to warrant a restriction on the freedom of expression? In this regard, it should be recalled that in *Keegstra, supra*, this Court unanimously accepted that the prevention of the influence of hate propaganda on society at large was a legitimate objective. Dickson C.J. wrote with respect to the changes in attitudes which exposure to hate propaganda can bring about (at pp. 747-48):

... the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtly, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted

The threat to the self-dignity of target group members is thus matched by the possibility that prejudiced messages will gain some credence, with the attendant result of discrimination, and perhaps even violence, against minority groups in Canadian society.

This Court has thus recognized that the harm caused by the proliferation of materials which seriously offend the values fundamental to our society is a substantial concern which justifies restricting the otherwise full exercise of the freedom of expression. In my view, the harm sought to be avoided in the case of the dissemination of obscene materials is similar. In the words of

fiable aujourd'hui, on ne pourrait pas affirmer que le texte législatif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles et justifie ainsi une atteinte à la liberté d'expression. Toutefois, ce n'est pas le cas. Le préjudice va au-delà de la moralité publique prise dans ce sens strict.

L'accent mis dans la disposition a subi un changement acceptable lorsque les tribunaux, en l'interprétant, ont adopté le critère des normes sociales. Depuis 1959, les normes sociales servant à déterminer ce qui est préjudiciable ont changé.

Puisque c'est là l'objectif, est-il urgent et réel? La prévention du préjudice lié à la diffusion d'un certain type de matériel obscène constitue-t-elle une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier une restriction de la liberté d'expression? À cet égard, il faudrait se rappeler, que, dans l'arrêt *Keegstra*, précité, notre Cour a accepté à l'unanimité que la prévention de l'influence de la propagande haineuse sur la société en général était un objectif légitime. Au sujet des changements d'attitude que le fait d'être exposé à la propagande haineuse peut entraîner, le juge en chef Dickson affirme, aux pp. 747 et 748:

... le changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction

La menace pour l'estime de soi chez les membres du groupe cible a donc comme pendant la possibilité que les messages exprimant des préjugés trouvent une certaine créance, entraînant ainsi la discrimination et peut-être même la violence contre des groupes minoritaires de la société canadienne.

Notre Cour a donc reconnu que le préjudice causé par la prolifération de matériel qui va sérieusement à l'encontre des valeurs fondamentales de notre société constitue une préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d'expression. À mon avis, le préjudice que l'on cherche à éviter dans le cas de la diffusion de matériel obscène est similaire. Pour reprendre les

Nemetz C.J.B.C. in *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (B.C.C.A.), there is a growing concern that the exploitation of women and children, depicted in publications and films, can, in certain circumstances, lead to “abject and servile victimization” (at pp. 43-44). As Anderson J.A. also noted in that same case, if true equality between male and female persons is to be achieved, we cannot ignore the threat to equality resulting from exposure to audiences of certain types of violent and degrading material. Materials portraying women as a class as objects for sexual exploitation and abuse have a negative impact on “the individual’s sense of self-worth and acceptance”.

In reaching the conclusion that legislation proscribing obscenity is a valid objective which justifies some encroachment on the right to freedom of expression, I am persuaded in part that such legislation may be found in most free and democratic societies. As Nemetz C.J.B.C. aptly pointed out in *R. v. Red Hot Video*, *supra*, for centuries democratic societies have set certain limits to freedom of expression. He cited (at p. 40) the following passage of Dickson J.A. (as he then was) in *R. v. Great West News Ltd.*, *supra*, at p. 309:

... all organized societies have sought in one manner or another to suppress obscenity. The right of the state to legislate to protect its moral fibre and well-being has long been recognized, with roots deep in history. It is within this frame that the Courts and Judges must work.

The advent of the *Charter* did not have the effect of dramatically depriving Parliament of a power which it has historically enjoyed. It is also noteworthy that the criminalization of obscenity was considered to be compatible with the *Canadian Bill of Rights*. As Dickson J.A. stated in *R. v. Prairie Schooner News Ltd.*, *supra*, at p. 604:

termes du juge en chef Nemetz de la Colombie-Britannique, dans l’arrêt *R. c. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (C.A.C.-B.), on s’inquiète de plus en plus de ce que l’exploitation des femmes et des enfants, dans les publications et les films, puisse, dans certaines circonstances, conduire à une [TRADUCTION] «victimisation abjecte et servile» (aux pp. 43 et 44). Comme l’indique aussi le juge Anderson dans la même affaire, si l’on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l’égalité le fait d’exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant. Le matériel qui représente les femmes comme une catégorie d’objets d’exploitation et d’abus sexuels a une incidence négative sur [TRADUCTION] «la valorisation personnelle et l’acceptation de soi».

En arrivant à la conclusion que l’interdiction de l’obscénité dans un texte législatif constitue un objectif valide qui justifie une certaine atteinte au droit à la liberté d’expression, je suis en partie convaincu que la plupart des sociétés libres et démocratiques possèdent des textes législatifs de cette nature. Comme le fait judicieusement remarquer le juge en chef Nemetz dans l’arrêt *R. c. Red Hot Video*, précité, les sociétés démocratiques ont, pendant des siècles, imposé certaines restrictions à la liberté d’expression. À la page 40, il cite l’extrait suivant des motifs du juge Dickson (alors juge à la Cour d’appel), dans l’affaire *R. c. Great West News Ltd.*, précitée, à la p. 309:

[TRADUCTION] ... toutes les sociétés organisées ont cherché d’une façon ou d’une autre à supprimer l’obscénité. Le droit de l’État de légiférer pour protéger la force et le bien-être moraux est reconnu depuis longtemps et est fortement ancré dans l’histoire. C’est dans ce contexte que les tribunaux et les juges doivent œuvrer.

L’avènement de la *Charte* n’a pas eu pour effet de dépouiller brusquement le Parlement d’un pouvoir dont il jouissait auparavant. Il vaut également la peine de noter que la criminalisation de l’obscénité a été jugée compatible avec la *Déclaration canadienne des droits*. Comme le juge Dickson de la Cour d’appel l’a affirmé dans l’arrêt *R. c. Prairie Schooner News Ltd.*, précité, à la p. 604:

Freedom of speech is not unfettered either in criminal law or civil law. The *Canadian Bill of Rights* was intended to protect, and does protect, basic freedoms of vital importance to all Canadians. It does not serve as a shield behind which obscene matter may be disseminated without concern for criminal consequences. The interdiction of the publications which are the subject of the present charges in no way trenches upon the freedom of expression which the *Canadian Bill of Rights* assures.

The enactment of the impugned provision is also consistent with Canada's international obligations (*Agreement for the Suppression of the Circulation of Obscene Publications* and the *Convention for the Suppression of the Circulation of and Traffic in Obscene Publications*).

Finally, it should be noted that the burgeoning pornography industry renders the concern even more pressing and substantial than when the impugned provisions were first enacted. I would therefore conclude that the objective of avoiding the harm associated with the dissemination of pornography in this case is sufficiently pressing and substantial to warrant some restriction on full exercise of the right to freedom of expression. The analysis of whether the measure is proportional to the objective must, in my view, be undertaken in light of the conclusion that the objective of the impugned section is valid only in so far as it relates to the harm to society associated with obscene materials. Indeed, the section as interpreted in previous decisions and in these reasons is fully consistent with that objective. The objective of maintaining conventional standards of propriety, independently of any harm to society, is no longer justified in light of the values of individual liberty which underlie the *Charter*. This, then, being the objective of s. 163, which I have found to be pressing and substantial, I must now determine whether the section is rationally connected and proportional to this objective. As outlined above, s. 163(8) criminalizes the exploitation of sex and sex and violence, when, on the basis of the community test, it is undue. The determination of when such exploitation is undue is directly related to the immediacy of a risk of harm to society which is

[TRADUCTION] La liberté de parole n'est pas absolue, que ce soit en matière criminelle ou civile. La *Déclaration canadienne des droits* a été conçue pour protéger et protéger effectivement les libertés fondamentales d'une importance vitale pour tous les Canadiens. On ne saurait s'en prévaloir pour diffuser du matériel obscène sans se soucier des conséquences criminelles. L'interdiction des publications visées par les accusations en l'espèce n'empiète aucunement sur la liberté d'expression garantie par la *Déclaration canadienne des droits*.

L'adoption de la disposition attaquée est également compatible avec les obligations internationales du Canada (*Accord relatif à la répression de la circulation des publications obscènes* et la *Convention pour la répression de la circulation et du trafic des publications obscènes*).

Enfin, je tiens à faire remarquer que l'industrie pornographique florissante rend la préoccupation encore plus urgente et réelle qu'au moment où la disposition attaquée a été adoptée pour la première fois. Je conclus donc que l'objectif d'éviter le préjudice lié à la diffusion de matériel pornographique constitue, en l'espèce, une préoccupation suffisamment urgente et réelle pour justifier certaines restrictions au plein exercice du droit à la liberté d'expression. À mon avis, il faut maintenant analyser si la mesure est proportionnelle à l'objectif poursuivi, compte tenu de la conclusion que l'objectif de la disposition attaquée est valide seulement dans la mesure où il vise le préjudice que le matériel obscène risque de causer à la société. En fait, l'interprétation donnée à cet article dans les décisions antérieures et dans les présents motifs est parfaitement compatible avec cet objectif. L'objectif de maintenir des normes de bienséance traditionnelles, indépendamment du préjudice causé à la société, n'est plus justifié compte tenu des valeurs relatives à la liberté individuelle qui sous-tendent la *Charte*. Ayant conclu que l'objectif de l'art. 163 se rapporte à une préoccupation urgente et réelle, je dois maintenant déterminer si l'article a un lien rationnel avec cet objectif et s'il est proportionnel à celui-ci. Comme je l'ai déjà mentionné, le par. 163(8) criminalise l'exploitation des choses sexuelles et des choses sexuelles et de la violence, lorsqu'elle est indue selon le critère des normes

reasonably perceived as arising from its dissemination.

(c) Proportionality

(i) *General*

The proportionality requirement has three aspects:

- (1) the existence of a rational connection between the impugned measures and the objective;
- (2) minimal impairment of the right or freedom; and
- (3) a proper balance between the effects of the limiting measures and the legislative objective.

In assessing whether the proportionality test is met, it is important to keep in mind the nature of expression which has been infringed. In the *Prostitution Reference, supra*, Dickson C.J. wrote, at p. 1136:

When a *Charter* freedom has been infringed by state action that takes the form of criminalization, the Crown bears the heavy burden of justifying that infringement. Yet, the expressive activity, as with any infringed *Charter* right, should also be analysed in the particular context of the case. Here, the activity to which the impugned legislation is directed is expression with an economic purpose. It can hardly be said that communications regarding an economic transaction of sex for money lie at, or even near, the core of the guarantee of freedom of expression.

The values which underlie the protection of freedom of expression relate to the search for truth, participation in the political process, and individual self-fulfilment. The Attorney General for Ontario argues that of these, only "individual self-

sociales. La détermination du caractère indu de l'exploitation est directement liée au risque immédiat de préjudice auquel, selon une perception raisonnable, la diffusion du matériel exposerait la société.

c) La proportionnalité

(i) *Généralités*

L'exigence de proportionnalité comporte trois aspects:

- (1) l'existence d'un lien rationnel entre les mesures attaquées et l'objectif,
- (2) l'atteinte minimale au droit ou à la liberté, et
- (3) l'équilibre approprié entre les effets des mesures restrictives et l'objectif législatif.

Pour déterminer si l'on satisfait au critère de la proportionnalité, il est important de garder à l'esprit la nature de l'expression qui a fait l'objet d'une atteinte. Dans le *Renvoi sur la prostitution, précité*, le juge en chef Dickson écrit, aux pp. 1135 et 1136:

Lorsqu'une liberté garantie par la *Charte* a été violée par une mesure prise par l'État, en l'occurrence la criminalisation, le ministère public doit s'acquitter du lourd fardeau de justifier cette violation. Néanmoins, comme dans le cas de toute violation d'un droit reconnu par la *Charte*, l'activité d'expression devrait également être analysée dans le contexte particulier de l'affaire. En l'espèce, l'activité visée par la disposition législative contestée est une expression ayant un but économique. On peut difficilement affirmer que les communications relatives à l'opération économique d'échange de services sexuels pour de l'argent relèvent, ou même se rapprochent, de l'essence de la garantie de la liberté d'expression.

Les valeurs qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression ont trait à la recherche de la vérité, à la participation au processus politique et à l'épanouissement personnel. Toutefois, selon le procureur général de l'Ontario, la pornographie ne

fulfilment”, and only in its most base aspect, that of physical arousal, is engaged by pornography. On the other hand, the civil liberties groups argue that pornography forces us to question conventional notions of sexuality and thereby launches us into an inherently political discourse. In their factum, the British Columbia Civil Liberties Association adopts a passage from R. West, “The Feminist-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General’s Commission on Pornography Report” (1987), 4 *Am. Bar Found. Res. J.* 681, at p. 696:

Good pornography has value because it validates women’s will to pleasure. It celebrates female nature. It validates a range of female sexuality that is wider and truer than that legitimated by the non-pornographic culture. Pornography (when it is good) celebrates both female pleasure and male rationality.

A proper application of the test should not suppress what West refers to as “good pornography”. The objective of the impugned provision is not to inhibit the celebration of human sexuality. However, it cannot be ignored that the realities of the pornography industry are far from the picture which the British Columbia Civil Liberties Association would have us paint. Shannon J., in *R. v. Wagner, supra*, described the materials more accurately when he observed, at p. 331:

Women, particularly, are deprived of unique human character or identity and are depicted as sexual playthings, hysterically and instantly responsive to male sexual demands. They worship male genitals and their own value depends upon the quality of their genitals and breasts.

In my view, the kind of expression which is sought to be advanced does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the “core” of the freedom of expression values.

met en cause que «l’épanouissement personnel» et seulement dans son aspect le moins digne, celui de la stimulation physique. Par contre, les groupes de défense des libertés civiles prétendent que la pornographie nous force à nous interroger sur les notions traditionnelles de la sexualité et nous entraîne ainsi dans un débat fondamentalement politique. Dans son mémoire, la British Columbia Civil Liberties Association adopte un passage tiré de R. West, «The Feminist-Conservative Anti-Pornography Alliance and the 1986 Attorney General’s Commission on Pornography Report» (1987), 4 *Am. Bar Found. Res. J.* 681, à la p. 696:

[TRADUCTION] La bonne pornographie a sa valeur parce qu’elle sanctionne le désir des femmes de ressentir du plaisir. Elle rend hommage à la nature féminine. Elle sanctionne un éventail de facettes de la sexualité féminine qui sont plus nombreuses et plus véridiques que celles qui sont véhiculées par la culture non pornographique. La bonne pornographie célèbre à la fois le plaisir de la femme et la rationalité de l’homme.

Une bonne application du critère ne devrait pas supprimer ce que West appelle la «bonne pornographie». L’objectif de la disposition attaquée n’est pas d’empêcher que soit célébrée la sexualité humaine. Toutefois, on ne peut ignorer que les réalités de l’industrie de la pornographie sont fort éloignées du tableau que nous dépeint la British Columbia Civil Liberties Association. Le juge Shannon dans la décision *R. c. Wagner*, précitée, décrit plus justement le matériel lorsqu’il fait observer, à la p. 331:

[TRADUCTION] Les femmes, en particulier, sont privées d’une identité humaine unique et sont représentées comme des jouets sexuels, qui répondent hystériquement et instantanément aux demandes de faveurs sexuelles des hommes. Elles vénèrent les organes génitaux des hommes et leur valeur personnelle dépend de l’apparence esthétique de leurs organes génitaux et de leurs seins.

À mon avis, le genre d’expression que l’on cherche à promouvoir n’est pas du même calibre que les autres genres d’expression qui touchent directement à l’«essence» des valeurs relatives à la liberté d’expression.

This conclusion is further buttressed by the fact that the targeted material is expression which is motivated, in the overwhelming majority of cases, by economic profit. This Court held in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, at p. 247, that an economic motive for expression means that restrictions on the expression might "be easier to justify than other infringements".

I will now turn to an examination of the three basic aspects of the proportionality test.

(ii) *Rational Connection*

The message of obscenity which degrades and dehumanizes is analogous to that of hate propaganda. As the Attorney General for Ontario has argued in its factum, obscenity wields the power to wreak social damage in that a significant portion of the population is humiliated by its gross misrepresentations.

Accordingly, the rational link between s. 163 and the objective of Parliament relates to the actual causal relationship between obscenity and the risk of harm to society at large. On this point, it is clear that the literature of the social sciences remains subject to controversy. In *Fringe Product Inc.*, *supra*, Charron Dist. Ct. J. considered numerous written reports and works and heard six days of testimony from experts who endeavoured to describe the status of the social sciences with respect to the study of the effects of pornography. Charron Dist. Ct. J. reached the conclusion that the relationship between pornography and harm was sufficient to justify Parliament's intervention. This conclusion is not supported unanimously.

The recent conclusions of the Fraser Report, *supra*, could not postulate any causal relationship between pornography and the commission of violent crimes, the sexual abuse of children, or the disintegration of communities and society. This is

Cette conclusion est aussi appuyée par le fait que le matériel visé constitue une expression qui est motivée, dans la vaste majorité des cas, par le bénéfice économique. Dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, à la p. 247, notre Cour a statué qu'un motif d'expression de nature économique signifie qu'il se pourrait que des restrictions imposées à l'expression «soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes».

J'analyserai maintenant les trois aspects fondamentaux du critère de la proportionnalité.

(ii) *Le lien rationnel*

Le message de l'obscénité qui dégrade ou déshumanise est analogue à celui que transmet la propagande haineuse. Comme le procureur général de l'Ontario l'a indiqué dans son mémoire, l'obscénité risque de causer un préjudice social en ce qu'une partie importante de la population est humiliée par les présentations grossièrement déformées qu'elle véhicule.

En conséquence, le lien rationnel entre l'art. 163 et l'objectif du Parlement se rapporte au véritable lien de causalité qui existe entre l'obscénité et le risque de préjudice pour la société en général. À cet égard, il est évident que les ouvrages dans le domaine des sciences humaines peuvent toujours faire l'objet d'une controverse. Dans la décision *Fringe Product Inc.*, précitée, le juge Charron de la Cour de district a examiné de nombreux ouvrages et rapports écrits et a entendu, pendant six jours, des témoignages d'experts qui se sont efforcés de décrire la situation des sciences humaines relativement à l'étude des effets de la pornographie. Le juge Charron a conclu que le rapport entre la pornographie et le préjudice était suffisant pour justifier l'intervention du Parlement. Ce n'est pas là une conclusion qui est partagée par tous.

Contrairement aux conclusions du rapport MacGuigan, précité, les conclusions récentes du rapport Fraser, précité, n'ont pu établir l'existence d'un lien de causalité entre la pornographie et la perpétration de crimes violents, l'agression

in contrast to the findings of the MacGuigan Report, *supra*.

While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs. The Meese Commission Report, *supra*, concluded in respect of sexually violent material (vol. 1, at p. 326):

... the available evidence strongly supports the hypothesis that substantial exposure to sexually violent materials as described here bears a causal relationship to anti-social acts of sexual violence and, for some subgroups, possibly to unlawful acts of sexual violence.

Although we rely for this conclusion on significant scientific empirical evidence, we feel it worthwhile to note the underlying logic of the conclusion. The evidence says simply that the images that people are exposed to bear a causal relationship to their behavior. This is hardly surprising. What would be surprising would be to find otherwise, and we have not so found. We have not, of course, found that the images people are exposed to are a greater cause of sexual violence than all or even many other possible causes the investigation of which has been beyond our mandate. Nevertheless, it would be strange indeed if graphic representations of a form of behavior, especially in a form that almost exclusively portrays such behavior as desirable, did not have at least some effect on patterns of behavior.

In the face of inconclusive social science evidence, the approach adopted by our Court in *Irwin Toy* is instructive. In that case, the basis for the legislation was that television advertising directed at young children is *per se* manipulative. The Court made it clear, at p. 994, that in choosing its mode of intervention, it is sufficient that Parliament had a reasonable basis:

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's

sexuelle d'enfants ou la désintégration des collectivités et de la société.

Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance. Le rapport de la commission Meese, précité, conclut relativement au matériel sexuellement violent (vol. 1, à la p. 326):

[TRADUCTION] ... les données existantes appuient fortement l'hypothèse selon laquelle il existerait un lien causal entre le fait d'être considérablement exposé à du matériel sexuellement violent et la perpétration d'actes antisociaux de violence sexuelle, et possiblement, dans le cas de certains sous-groupes, d'actes illégaux de violence sexuelle.

Bien que nous nous soyons fondés sur d'importantes données scientifiques empiriques pour en arriver à cette conclusion, nous croyons qu'il vaut la peine d'en faire ressortir la logique sous-jacente. Les données démontrent simplement qu'il existe un lien causal entre les images auxquelles les gens sont exposés et leur comportement. Cela n'est guère étonnant. Le contraire le serait, mais ce n'est pas là notre conclusion. Nous ne sommes pas, de toute évidence, arrivés à la conclusion que les images auxquelles sont exposés les gens contribuent davantage à la violence sexuelle que toutes les nombreuses autres causes possibles, dont l'examen dépassait le cadre de notre mandat. Néanmoins, il serait vraiment étrange que les représentations détaillées d'une forme de comportement, qui est presque toujours représenté comme désirable, n'aient pas au moins une certaine incidence sur les types de comportement.

Comme tenu de la preuve non concluante en matière de sciences humaines, la méthode adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy* est instructive. Dans cette affaire, le fondement du texte législatif était que la publicité télévisée destinée aux jeunes enfants tient en soi de la manipulation. La Cour a établi clairement, à la p. 994, qu'il est suffisant que le choix du mode d'intervention du Parlement soit raisonnablement fondé:

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème

advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective.

And at p. 990:

... the Court also recognized that the government was afforded a margin of appreciation to form legitimate objectives based on somewhat inconclusive social science evidence.

Similarly, in *Keegstra, supra*, the absence of proof of a causative link between hate propaganda and hatred of an identifiable group was discounted as a determinative factor in assessing the constitutionality of the hate literature provisions of the *Criminal Code*. Dickson C.J. stated, at p. 776:

First, to predicate the limitation of free expression upon proof of actual hatred gives insufficient attention to the severe psychological trauma suffered by members of those identifiable groups targeted by hate propaganda. Second, it is clearly difficult to prove a causative link between a specific statement and hatred of an identifiable group.

McLachlin J. (dissenting) expressed it as follows, at p. 857:

To view hate propaganda as "victimless" in the absence of any proof that it moved its listeners to hatred is to discount the wrenching impact that it may have on members of the target group themselves Moreover, it is simply not possible to assess with any precision the effects that expression of a particular message will have on all those who are ultimately exposed to it.

The American approach on the necessity of a causal link between obscenity and harm to society was set out by Burger C.J. in *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972), at pp. 60-61:

Although there is no conclusive proof of a connection between antisocial behavior and obscene material, the

de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.

Et à la p. 990:

... la Cour a également reconnu que le gouvernement disposait d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes.

De même, on a statué dans l'arrêt *Keegstra*, précité, que l'absence de preuve d'un lien causal entre la propagande haineuse et la haine pour un groupe identifiable ne constitue pas un facteur déterminant dans l'examen de la constitutionnalité des dispositions sur la propagande haineuse contenues dans le *Code criminel*. Le juge en chef Dickson affirme, à la p. 776:

Premièrement, faire reposer la restriction de la liberté d'expression sur la preuve de l'existence d'une haine effective c'est ne pas tenir adéquatement compte du grave traumatisme psychologique subi par les membres des groupes identifiables visés par la propagande haineuse. Deuxièmement, il est manifestement difficile d'établir l'existence d'un lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable.

Le juge McLachlin (dissidente) a ainsi formulé son opinion à cet égard, à la p. 857:

Dire que la propagande haineuse «ne fait pas de victime» quand il n'est pas prouvé qu'elle a incité ses destinataires à la haine c'est faire abstraction de l'effet déchirant qu'elle peut avoir sur les membres du groupe cible eux-mêmes [. . .] Par ailleurs, il n'est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l'expression d'un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l'entendre.

La méthode américaine qui exige l'existence d'un lien causal entre l'obscénité et le préjudice causé à la société a été énoncée par le juge en chef Burger dans l'arrêt *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1972), aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Bien qu'il n'existe pas de preuve concluante de l'existence d'un lien entre le comportement

legislature ... could quite reasonably determine that such a connection does or might exist.

I am in agreement with Twaddle J.A. who expressed the view that Parliament was entitled to have a "reasoned apprehension of harm" resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations.

Accordingly, I am of the view that there is a sufficiently rational link between the criminal sanction, which demonstrates our community's disapproval of the dissemination of materials which potentially victimize women and which restricts the negative influence which such materials have on changes in attitudes and behaviour, and the objective.

Finally, I wish to distinguish this case from *Keegstra*, in which the minority adopted the view that there was no rational connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression. As McLachlin J. noted, prosecutions under the *Criminal Code* for racist expression have attracted extensive media coverage. The criminal process confers on the accused publicity for his or her causes and succeeds even in generating sympathy. The same cannot be said of the kinds of expression sought to be suppressed in the present case. The general availability of the subject materials and the rampant pornography industry are such that, in the words of Dickson C.J. in *Keegstra*, "pornography is not dignified by its suppression". In contrast to the hate-monger who may succeed, by the sudden media attention, in gaining an audience, the prohibition of obscene materials does nothing to promote the pornographer's cause.

(iii) *Minimal Impairment*

In determining whether less intrusive legislation may be imagined, this Court stressed in the *Prostitution Reference, supra*, that it is not necessary that

antisocial et le matériel obscène, le législateur [...] pourrait tout à fait raisonnablement déterminer qu'un tel lien existe ou pourrait exister.

Je suis d'accord avec le juge Twaddle de la Cour d'appel qui s'est dit d'avis que le Parlement avait le droit d'avoir [TRADUCTION] «une appréhension raisonnée du préjudice» résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation.

En conséquence, j'estime qu'il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui, d'une part, montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d'autre part, restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement.

Enfin, je tiens à établir une distinction entre le présent pourvoi et l'arrêt *Keegstra* dans lequel les juges formant la minorité ont exprimé l'opinion qu'il n'existait pas de lien rationnel entre la criminalisation de la propagande haineuse et sa suppression. Comme le juge McLachlin l'a fait remarquer, les poursuites relatives à l'expression raciste intentées sous le régime du *Code criminel* ont suscité beaucoup d'intérêt dans les médias. Le processus pénal offre à la cause de l'accusé une publicité qui réussit parfois même à engendrer la sympathie. On ne peut pas en dire autant des types d'expression que l'on cherche à supprimer en l'espèce. L'accessibilité générale du matériel visé et l'industrie pornographique florissante font en sorte que, pour emprunter les propos du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, «[l]a pornographie n'est pas valorisée par sa suppression». Contrairement au fomenteur de haine qui peut réussir, grâce à l'attention soudaine des médias, à s'attirer un auditoire, l'interdiction du matériel obscène ne favorise en rien la cause du pornographe.

(iii) *L'atteinte minimale*

En déterminant s'il est possible d'imaginer une loi moins attentatoire, notre Cour a fait ressortir, dans le *Renvoi sur la prostitution, précité*, que le

the legislative scheme be the “perfect” scheme, but that it be appropriately tailored in the context of the infringed right (at p. 1138). Furthermore, in *Irwin Toy, supra*, Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. stated, at p. 999:

While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups.

There are several factors which contribute to the finding that the provision minimally impairs the freedom which is infringed.

First, the impugned provision does not proscribe sexually explicit erotica without violence that is not degrading or dehumanizing. It is designed to catch material that creates a risk of harm to society. It might be suggested that proof of actual harm should be required. It is apparent from what I have said above that it is sufficient in this regard for Parliament to have a reasonable basis for concluding that harm will result and this requirement does not demand actual proof of harm.

Second, materials which have scientific, artistic or literary merit are not captured by the provision. As discussed above, the court must be generous in its application of the “artistic defence”. For example, in certain cases, materials such as photographs, prints, books and films which may undoubtedly be produced with some motive for economic profit, may nonetheless claim the protection of the *Charter* in so far as their defining characteristic is that of aesthetic expression, and thus represent the artist’s attempt at individual fulfilment. The existence of an accompanying economic motive does not, of itself, deprive a work of signif-

régime législatif n’a pas à être «parfait», mais qu’il doit être bien adapté au contexte du droit qui est violé (à la p. 1138). De plus, dans l’arrêt *Irwin Toy*, précité, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson affirment, à la p. 999:

Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d’autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d’interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s’est raisonnablement fixés. Cette Cour n’adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l’atteinte minimale, et n’obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables.

Plusieurs facteurs militent en faveur de la conclusion que la disposition porte le moins possible atteinte à la liberté en question.

Premièrement, la disposition attaquée n’interdit pas le matériel érotique sexuellement explicite qui ne comporte pas de violence et qui n’est ni dégradant ni déshumanisant. Elle est conçue de manière à viser le matériel qui crée un risque de préjudice pour la société. On pourrait soutenir qu’il devrait être nécessaire de faire la preuve d’un préjudice réel. Il ressort de ce que je viens d’affirmer qu’il est suffisant que le Parlement ait un motif raisonnable de conclure qu’il s’ensuivra un préjudice, ce qui n’exige pas la preuve d’un préjudice réel.

Deuxièmement, le matériel qui a une valeur scientifique, artistique ou littéraire n’est pas visé par la disposition. Comme nous l’avons vu précédemment, le tribunal doit appliquer libéralement le moyen de défense fondé sur la «valeur artistique». Par exemple, dans certains cas, lorsqu’il est question de matériel, comme des photographies, des gravures, des livres et des films, qui peut indubitablement être produit à une fin de bénéfice économique, on pourra néanmoins revendiquer la protection de la *Charte* dans la mesure où la caractéristique déterminante du matériel en cause est l’expression esthétique et représente ainsi une tentative d’épanouissement personnel de la part de l’artiste. L’existence d’un motif économique sous-jacent ne prive pas en soi un ouvrage de signifi-

icance as an example of individual artistic or self-fulfilment.

Third, in considering whether the provision minimally impairs the freedom in question, it is legitimate for the court to take into account Parliament's past abortive attempts to replace the definition with one that is more explicit. In *Irwin Toy*, our Court recognized that it is legitimate to take into account the fact that earlier laws and proposed alternatives were thought to be less effective than the legislation that is presently being challenged. The attempt to provide exhaustive instances of obscenity has been shown to be destined to fail (Bill C-54, 2nd Sess., 33rd Parl.). It seems that the only practicable alternative is to strive towards a more abstract definition of obscenity which is contextually sensitive and responsive to progress in the knowledge and understanding of the phenomenon to which the legislation is directed. In my view, the standard of "undue exploitation" is therefore appropriate. The intractable nature of the problem and the impossibility of precisely defining a notion which is inherently elusive makes the possibility of a more explicit provision remote. In this light, it is appropriate to question whether, and at what cost, greater legislative precision can be demanded.

Fourth, while the discussion in this appeal has been limited to the definition portion of s. 163, I would note that the impugned section, with the possible exception of subs. 1, which is not in issue here, has been held by this Court not to extend its reach to the private use or viewing of obscene materials. *R. v. Rioux*, [1969] S.C.R. 599, [1970] 3 C.C.C. 149, unanimously upheld the finding of the Quebec Court of Appeal that s. 163(2) (then s. 150(2)) does not include the private viewing of obscene materials. Hall J. affirmed the finding of Pratte J., at pp. 151-52 C.C.C.:

[TRANSLATION] If exposing "to public view" is mentioned in s-s. (2)(a), it is because the legislator intended

tion à titre d'exemple du sens artistique ou de l'épanouissement personnel de l'auteur.

Troisièmement, lorsqu'il examine si la disposition porte le moins possible atteinte à la liberté en question, le tribunal peut légitimement tenir compte des tentatives antérieures infructueuses du Parlement de remplacer la définition par une autre plus explicite. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a reconnu qu'il est légitime de tenir compte du fait que l'on estimait que les textes législatifs antérieurs et les solutions proposées étaient moins efficaces que le texte législatif qui fait l'objet de la présente contestation. Il s'est avéré que la tentative de donner des exemples d'obscénité exhaustifs ne pouvait qu'échouer (projet de loi C-54, 2^e sess., 33^e Parl.). Il semble que la seule solution pratique soit d'établir une définition plus abstraite de l'obscénité, qui tiendra compte du contexte et de l'évolution de la connaissance et de la compréhension du phénomène visé par le texte législatif. À mon avis, la norme de l'«exploitation indue» est donc appropriée. Compte tenu du caractère insoluble du problème et de l'impossibilité de définir précisément une notion qui est fondamentalement insaisissable, il y a peu de chance que l'on réussisse à établir une disposition plus explicite. En conséquence, on peut se demander s'il est possible d'exiger du législateur une plus grande précision et à quel prix.

Quatrièmement, bien que l'analyse effectuée dans le présent pourvoi ait porté seulement sur la définition contenue dans l'art. 163, je tiens à faire remarquer que notre Cour a jugé que l'article attaqué, sauf peut-être son paragraphe premier qui n'est pas en cause en l'espèce, n'englobe pas le fait d'utiliser ou de regarder en privé du matériel obscène. Dans l'arrêt *R. c. Rioux*, [1969] R.C.S. 599, la Cour a confirmé à l'unanimité la conclusion de la Cour d'appel du Québec que le par. 163(2) (alors le par. 150(2)) ne vise pas le fait de regarder en privé du matériel obscène. Le juge Hall a confirmé la décision du juge Pratte, à la p. 602:

Si donc l'exposition «à la vue du public» est mentionnée dans le paragraphe 2a, c'est que le législateur a

that this, and not a private showing, should constitute a crime.

I would therefore say that showing obscene pictures to a friend or projecting an obscene film in one's own home is not in itself a crime nor is it enough to establish intention of circulating them nor help to prove such an intention.

This Court also cited with approval the words of Hyde J., at p. 152 C.C.C.:

Before I am prepared to hold that private use of written matter or pictures within an individual's residence may constitute a criminal offence, I require a much more specific text of law than we are now dealing with. It would have been very simple for Parliament to have included the word "exhibit" in this section if it had wished to cover this situation.

Accordingly, it is only the public distribution and exhibition of obscene materials which is in issue here.

Finally, I wish to address the arguments of the interveners, the Canadian Civil Liberties Association and Manitoba Association for Rights and Liberties, that the objectives of this kind of legislation may be met by alternative, less intrusive measures. First, it is submitted that reasonable time, manner and place restrictions would be preferable to outright prohibition. I am of the view that this argument should be rejected. Once it has been established that the objective is the avoidance of harm caused by the degradation which many women feel as "victims" of the message of obscenity, and of the negative impact exposure to such material has on perceptions and attitudes towards women, it is untenable to argue that these harms could be avoided by placing restrictions on access to such material. Making the materials more difficult to obtain by increasing their cost and reducing their availability does not achieve the same objective. Once Parliament has reasonably concluded that certain acts are harmful to certain groups in society and to society in general, it would be inconsistent, if not hypocritical, to argue that such acts could be committed in more restrictive conditions.

voulu que celle-là seule, et non pas l'exposition privée, constitue un crime.

Je dirais donc que le fait de montrer des images obscènes à un ami ou de projeter un film obscène dans l'intimité de son foyer n'est pas en soi un crime, ni ne suffit pour établir l'intention de les mettre en circulation, encore qu'il puisse aider à prouver cette intention.

Notre Cour a également cité et approuvé les propos du juge Hyde, aux pp. 602 et 603:

[TRADUCTION] Pour que je sois disposé à conclure que l'utilisation d'écrits ou d'images dans l'intimité de son foyer peut constituer un acte criminel, je dois pouvoir invoquer à cette fin un texte législatif beaucoup plus spécifique que celui qui nous occupe en l'espèce. Il aurait été fort simple pour le Parlement d'inclure le terme «montrer» dans cette disposition s'il avait voulu englober cette situation.

En conséquence, le présent pourvoi vise seulement la distribution au public et le fait d'exposer à la vue du public du matériel obscène.

Enfin, j'aimerais analyser les moyens soulevés par les intervenantes, l'Association canadienne des libertés civiles et l'Association manitobaine des droits et libertés, savoir que les objectifs de ce type de texte législatif peuvent être atteints au moyen d'autres mesures moins envahissantes. Premièrement, on soutient que des restrictions raisonnables quant au moment et à l'endroit où on peut utiliser ce matériel, et à la manière de le faire, seraient préférables à une interdiction absolue. Je suis d'avis que cet argument doit être rejeté. Une fois qu'il a été établi que l'objectif de la disposition est d'empêcher le préjudice causé par la dégradation que bien des femmes ressentent en tant que «victimes» du message d'obscénité, ainsi que l'incidence négative que le fait d'être exposé à ce matériel a sur la perception qu'on a des femmes et sur les attitudes envers elles, on ne saurait soutenir que ces préjudices pourraient être évités en restreignant l'accès à ce matériel. On ne peut atteindre le même objectif en rendant le matériel plus difficile à obtenir par une majoration des prix et par une réduction de son accessibilité. Une fois que le Parlement a raisonnablement conclu que certains actes sont nocifs pour certains groupes de la société et pour l'ensemble de la société, il serait illogique, voire

The harm sought to be avoided would remain the same in either case.

It is also submitted that there are more effective techniques to promote the objectives of Parliament. For example, if pornography is seen as encouraging violence against women, there are certain activities which discourage it – counselling rape victims to charge their assailants, provision of shelter and assistance for battered women, campaigns for laws against discrimination on the grounds of sex, education to increase the sensitivity of law enforcement agencies and other governmental authorities. In addition, it is submitted that education is an under-used response.

It is noteworthy that many of the above suggested alternatives are in the form of responses to the harm engendered by negative attitudes against women. The role of the impugned provision is to control the dissemination of the very images that contribute to such attitudes. Moreover, it is true that there are additional measures which could alleviate the problem of violence against women. However, given the gravity of the harm, and the threat to the values at stake, I do not believe that the measure chosen by Parliament is equalled by the alternatives which have been suggested. Education, too, may offer a means of combating negative attitudes to women, just as it is currently used as a means of addressing other problems dealt with in the *Code*. However, there is no reason to rely on education alone. It should be emphasized that this is in no way intended to deny the value of other educational and counselling measures to deal with the roots and effects of negative attitudes. Rather, it is only to stress the arbitrariness and unacceptability of the claim that such measures represent the sole legitimate means of addressing the phenomenon. Serious social problems such as violence against women require multi-pronged approaches by government. Education and legislation are not alternatives but complements in

hypocrite, de soutenir que ces actes pourraient être accomplis dans des conditions plus restrictives. Le préjudice que l'on cherche à éviter demeurerait le même dans l'un et l'autre cas.

On prétend également qu'il existe des techniques plus efficaces pour promouvoir les objectifs du Parlement. Par exemple, si l'on considère que la pornographie encourage la violence faite aux femmes, il existe certaines activités qui la décourage comme, par exemple, conseiller aux victimes de viol de déposer une accusation contre leur agresseur, fournir des refuges et de l'aide aux femmes battues, organiser des campagnes en faveur de l'adoption de lois interdisant la discrimination fondée sur le sexe, former pour sensibiliser davantage les organismes chargés d'appliquer la loi et les autres autorités gouvernementales. On soutient aussi qu'on n'a pas suffisamment recours aux campagnes de formation des gens.

Il convient de noter que de nombreuses solutions de rechange proposées constituent des réactions au préjudice engendré par les attitudes négatives envers les femmes. La disposition attaquée vise à contrôler la diffusion des images mêmes qui donnent naissance à ces attitudes. De plus, il est exact que d'autres mesures pourraient atténuer le problème de la violence faite aux femmes. Toutefois, compte tenu de la gravité du préjudice et de la menace pour les valeurs en jeu, je ne crois pas que la mesure retenue par le Parlement soit comparable à celles qui ont été proposées. La formation peut elle aussi constituer un moyen de combattre les attitudes négatives envers les femmes, de la même façon qu'on l'utilise actuellement relativement à d'autres problèmes traités dans le *Code*. Toutefois, il n'y a aucune raison d'avoir recours à la formation seulement. Il convient de souligner que cela ne vise aucunement à nier la valeur des autres mesures de formation et d'assistance comme moyen de s'attaquer au fondement et aux effets des attitudes négatives. Cela n'a plutôt pour but que de faire ressortir le caractère arbitraire et inacceptable de la prétention que ces mesures constituent le seul moyen légitime de s'attaquer au phénomène. Des problèmes sociaux graves comme la violence faite aux femmes requièrent l'adoption par le gouverne-

addressing such problems. There is nothing in the *Charter* which requires Parliament to choose between such complementary measures.

(iv) *Balance Between Effects of Limiting Measures and Legislative Objective*

The final question to be answered in the proportionality test is whether the effects of the law so severely trench on a protected right that the legislative objective is outweighed by the infringement. The infringement on freedom of expression is confined to a measure designed to prohibit the distribution of sexually explicit materials accompanied by violence, and those without violence that are degrading or dehumanizing. As I have already concluded, this kind of expression lies far from the core of the guarantee of freedom of expression. It appeals only to the most base aspect of individual fulfilment, and it is primarily economically motivated.

The objective of the legislation, on the other hand, is of fundamental importance in a free and democratic society. It is aimed at avoiding harm, which Parliament has reasonably concluded will be caused directly or indirectly, to individuals, groups such as women and children, and consequently to society as a whole, by the distribution of these materials. It thus seeks to enhance respect for all members of society, and non-violence and equality in their relations with each other.

I therefore conclude that the restriction on freedom of expression does not outweigh the importance of the legislative objective.

5. Conclusion

I conclude that while s. 163(8) infringes s. 2(b) of the *Charter*, freedom of expression, it constitutes a reasonable limit and is saved by virtue of

ment de solutions à plusieurs volets. La formation et la législation constituent non pas des solutions de rechange, mais se complètent pour faire face à ces problèmes. Rien dans la *Charte*, n'oblige le Parlement à faire un choix parmi ces mesures complémentaires.

(iv) *L'équilibre entre les effets des mesures restrictives et l'objectif législatif*

La dernière question à laquelle il faut répondre dans l'analyse du critère de proportionnalité est de savoir si les effets de la disposition législative empiètent tellement sur un droit garanti que l'objectif législatif cède le pas à l'atteinte portée à ce droit. L'atteinte à la liberté d'expression vise seulement une mesure destinée à interdire la distribution de matériel sexuellement explicite accompagné de violence et de matériel sexuellement explicite non accompagné de violence, mais qui est dégradant ou déshumanisant. Comme je l'ai déjà mentionné, ce genre d'expression est loin de l'essence de la garantie de liberté d'expression. Il ne fait appel qu'à l'aspect le moins digne de l'épanouissement personnel et repose principalement sur des motifs d'ordre économique.

Par contre, l'objectif du texte législatif revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique. Il vise à empêcher que la distribution de ce genre de matériel cause un préjudice, qui, selon ce que le Parlement a raisonnablement conclu, sera direct ou indirect, à des particuliers, à des groupes comme les femmes et les enfants et, par voie de conséquence, à l'ensemble de la société. Cet objectif vise donc à favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens.

Je conclus donc que l'importance de l'objectif législatif ne cède pas le pas à la restriction apportée à la liberté d'expression.

5. Conclusion

Je conclus que, même si le par. 163(8) viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*, il constitue une limite raisonnable et est

the provisions of s. 1. The trial judge convicted the appellant only with respect to materials which contained scenes involving violence or cruelty intermingled with sexual activity or depicted lack of consent to sexual contact or otherwise could be said to dehumanize men or women in a sexual context. The majority of the Court of Appeal, on the other hand, convicted the appellant on all charges.

While the trial judge concluded that the material for which the accused were acquitted was not degrading or dehumanizing, he did so in the context of s. 1 of the *Charter*. In effect, he asked himself whether, if the material was proscribed by s. 163(8), that section would still be supportable under s. 1. In this context, he considered the government objectives of s. 163(8) and measured the material which was the subject of the charges against this objective. The findings at trial were therefore made in a legal framework that is different from that outlined in these reasons. Specifically, in considering whether the materials were degrading or dehumanizing, he did not address the issue of harm. Accordingly, it would be speculation to conclude that the same result would have been obtained if the definition of obscenity contained in these reasons had been applied. The test applied by the majority of the Court of Appeal also differed significantly from these reasons. I therefore cannot accept their conclusion that all of the materials are obscene. Accordingly, I would allow the appeal and direct a new trial on all charges. I note, however, that I am in agreement with Wright J.'s conclusion that, in the case of material found to be obscene, there should only be one conviction imposed with respect to a single tape.

I would answer the constitutional questions as follows:

savegardé par les dispositions de l'article premier. Le juge du procès n'a déclaré l'appelant coupable que relativement au matériel qui renfermait des scènes de violence ou de cruauté mélangée à des activités sexuelles ou qui représentait une absence de consentement au contact sexuel ou dont on pouvait dire, par ailleurs, qu'il déshumanisait les hommes ou les femmes dans un contexte sexuel. Par contre, la Cour d'appel à la majorité a reconnu l'appelant coupable relativement à toutes les accusations.

Même si le juge du procès a conclu que le matériel à l'égard duquel les accusés ont été acquittés n'était ni dégradant ni déshumanisant, il l'a fait dans le contexte de l'article premier de la *Charte*. En effet, il s'est demandé si, dans l'éventualité où le matériel serait interdit par le par. 163(8), cette disposition pourrait encore être justifiable en vertu de l'article premier. Dans ce contexte, il a examiné les objectifs gouvernementaux du par. 163(8) et a apprécié le matériel visé par les accusations en fonction de cet objectif. Les conclusions tirées au procès l'ont donc été dans un cadre juridique différent de celui qui est exposé dans les présents motifs. Plus précisément, en se demandant si le matériel était dégradant ou déshumanisant, il n'a pas abordé la question du préjudice. Par conséquent, ce serait conjecturer que de conclure qu'on serait arrivé au même résultat si la définition de l'obscénité contenue dans les présents motifs avait été appliquée. Le critère qu'a appliqué la Cour d'appel, à la majorité, différerait également de façon importante des présents motifs. Je ne puis donc accepter sa conclusion que tout le matériel est obscène. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur toutes les accusations. Je souligne, cependant, que je suis d'accord avec la conclusion du juge Wright que, dans le cas du matériel jugé obscène, il ne devrait être imposé qu'une seule déclaration de culpabilité relativement à une même bande.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Does s. 163 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If s. 163 of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, violates s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can s. 163 of the *Criminal Code* of Canada be demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law?

Answer: Yes.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons of Justice Sopinka and, while I agree both with his disposition of the case and with his reasons generally, I wish to add to them with respect to the judicial interpretation of s. 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and to its constitutional validity.

The Substance of s. 163 of the Code

A Representation and its Content

Section 163 of the *Code* offers a peculiar structure. Its subject matter, obscene materials, comprises the dual elements of representation and content. Representation here is understood in the sense of public suggestion. A representation is a portrayal, a description meant to evoke something to the mind and senses. Furthermore, in the context of s. 163 of the *Code*, one deals with representations to the public in general, without restriction, as will be explained below. Hence the *Oxford English Dictionary* (2nd ed.) defines "to represent" as "to bring clearly and distinctly before the mind" and "representation" as "the action or fact of exhibiting in some visible image or form". The element of representation in s. 163 of the *Code* is therefore a suggestion, a depiction to the public. By "content" I mean of course the content of the representation.

1. L'article 163 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole-t-il l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si l'article 163 du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, viole l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'art. 163 du *Code criminel* du Canada est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit?

Réponse: Oui.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai pris connaissance des motifs du juge Sopinka et, bien que je souscrive à sa conclusion et aux raisons qu'il invoque généralement, je tiens à ajouter mes commentaires en ce qui concerne l'interprétation judiciaire de l'art. 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et sa constitutionnalité.

L'essence de l'art. 163 du Code

Une représentation et son contenu

L'article 163 du *Code* présente une structure particulière. Son objet, le matériel obscène, comporte deux éléments: la représentation et le contenu. La représentation s'entend ici de quelque chose de suggestif pour le public. Une représentation est une exhibition, une description visant à stimuler l'esprit et les sens. De plus, dans le contexte de l'art. 163 du *Code*, il s'agit de représentations destinées au grand public, sans restriction, comme je l'expliquerai ultérieurement. Selon l'*Oxford English Dictionary* (2^e éd.), le verbe «to represent» s'entend de [TRADUCTION] «faire apparaître clairement et distinctement à l'esprit» et le terme «representation» signifie [TRADUCTION] «l'action ou le fait d'exhiber une image ou une forme visible». L'élément de représentation à l'art. 163 du *Code* constitue donc une suggestion, une présentation destinée au public. Par «contenu», j'entends bien entendu le contenu de la représentation.

It is the combination of the two, the representation and its content, that attracts criminal liability. A representation as such is not enough, of course, to create the subject matter of s. 163, but neither is an act included in the content of s. 163 of the *Code*, without an element of representation.

It is indeed important to emphasize that the *Criminal Code* is grounded on the principles of sexual freedom between consenting adults, and of criminal liability for sexual relations between adults and minors (young persons between the age of 14 and 17 being in a special position). Offences such as sexual assault (ss. 271-73), sexual interference (s. 151), sexual exploitation (s. 153) or incest between an adult and a minor (s. 155) are corollaries of these basic principles. Aside from them, few offences related to sexual practices exist: incest between adults (s. 155 of the *Code*), anal intercourse when more than two persons are present (s. 159 of the *Code*), bestiality (s. 160 of the *Code*) and necrophilia (s. 182 of the *Code*).

Yet obscenity is not limited to the acts described above. Irrespective of the construction given to s. 163(8), a surface glance at its wording makes this obvious. The acts listed in the above paragraph might perhaps be included in the phrase "sex and . . . crime, horror, cruelty and violence" found in s. 163(8) of the *Code*. They certainly do not exhaust the meaning of this phrase, and s. 163(8) comprises in addition the phrase "undue exploitation of sex", which is central to this case. Hence the content of obscenity exceeds the acts prohibited in the *Code*.

This difference in content stems from the element of representation found in s. 163 of the *Code*. Parliament ascribed a broader content to obscenity because it involves a representation. In this combination of a given content and its representation lies the particular essence of obscenity, as was mentioned above. The type of scenes vividly described

C'est la conjonction des deux éléments, la représentation et son contenu, qui entraîne la responsabilité criminelle. Il va de soi qu'une représentation, en tant que telle, ne suffit pas pour constituer l'objet de l'art. 163, pas plus qu'un acte, sans un élément de représentation, n'est l'objet de l'art. 163 du *Code*.

Il importe en effet de souligner que le *Code criminel* est fondé sur les principes de liberté sexuelle entre adultes consentants et de responsabilité criminelle dans le cas de relations sexuelles entre des adultes et des personnes mineures (les jeunes de 14 à 17 ans sont l'objet d'un régime particulier). Les infractions comme l'agression sexuelle (art. 271 à 273), les contacts sexuels (art. 151), les infractions sexuelles par des personnes en situation d'autorité (art. 153) ou l'inceste entre un adulte et une personne mineure (art. 155) sont des corollaires de ces principes fondamentaux. À part celles-ci, il existe peu d'infractions qui ont trait aux pratiques sexuelles: l'inceste entre adultes (art. 155 du *Code*), les relations sexuelles anales lorsque plus de deux personnes sont présentes (art. 159 du *Code*), la bestialité (art. 160 du *Code*) et la nécrophilie (art. 182 du *Code*).

Pourtant, l'obscénité n'est pas limitée aux actes susmentionnés. Quelle que soit l'interprétation donnée au par. 163(8), un simple coup d'œil à son texte permet de le constater clairement. Les actes énumérés dans le paragraphe précédent pourraient peut-être être inclus dans l'expression «de choses sexuelles et . . . le crime, l'horreur, la cruauté et la violence» que l'on trouve au par. 163(8) du *Code*. Ils n'épuisent sûrement pas la portée de cette expression; par ailleurs, le par. 163(8) comporte aussi l'expression «exploitation indue des choses sexuelles» qui est cruciale en l'espèce. En conséquence, le contenu de l'obscénité va au-delà des actes interdits dans le *Code*.

Cette différence de contenu découle de l'élément de représentation que l'on trouve à l'art. 163 du *Code*. Le Parlement a attribué un contenu plus large à l'obscénité parce qu'elle comporte une représentation. Tel que mentionné plus haut, c'est dans la conjonction d'un contenu donné et de sa représentation que réside l'essence même de l'obs-

in *R. v. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (Alta. Q.B.), *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (Ont. Co. Ct.) or *R. v. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (Man. Q.B.), might perhaps be legal if done between consenting adults, but they become obscene when they are represented.

Without launching into a lengthy debate on the reasons why Parliament may have enacted s. 163 of the *Code* (the reasons of Sopinka J. cover this point extensively), it can be seen that the combination of representation and content that constitutes obscenity leads to many ills. Obscene materials (I will not for reasons explained later differentiate between obscenity and pornography) convey a distorted image of human sexuality, by making public and open elements of the human nature which are usually hidden behind a veil of modesty and privacy. D. A. Downs, *The New Politics of Pornography* (1989), aptly describes how these materials do not reflect the richness of human sexuality, but rather turn it into pure animality, at p. 183:

... the deeper objection to sheer pornography or obscenity ... is that it represents a retreat from the human dilemma and the responsibility of acknowledging the tensions in our nature. Sheer pornography also reduces us to the lower aspects of our natures by stripping away the modesty that arises from our encounter with our animality.

This distorted image of human sexuality often comprises violence, cruelty, infliction of pain, humiliation, among other elements of the pornographic imagery. Not only are these materials often evidence of the commission of reprehensible actions in their making, but their representation conjures the possibility of behavioural influences. In a marketplace of ideas, to use that classic metaphor, pornographic imagery is there for the taking, and it finds without any doubt many takers. Attitudinal changes in these takers, because of exposure to pornographic materials, may lead to abuse and harm. As the Special Committee on Pornography and Prostitution concluded in its report entitled

cénité. Le genre de scènes décrites en détail dans les arrêts *R. c. Wagner* (1985), 43 C.R. (3d) 318 (B.R. Alb.), *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 9 C.C.C. (3d) 53 (C. cté Ont.), ou *R. c. Ramsingh* (1984), 14 C.C.C. (3d) 230 (B.R. Man.) pourraient peut-être être légales si elles se déroulaient entre adultes consentants, mais elles deviennent obscènes lorsqu'elles sont représentées.

Sans lancer un long débat sur les motifs qui ont pu inciter le Parlement à adopter l'art. 163 du *Code* (le juge Sopinka traite cette question en profondeur dans ses motifs), on peut constater que la conjonction de la représentation et du contenu qui constitue l'obscénité est à la source de nombreux maux. Le matériel obscène (pour des motifs que j'expliquerai plus loin, je n'établirai pas de distinction entre l'obscénité et la pornographie) transmet une image déformée de la sexualité humaine, en rendant publics des éléments de la nature humaine qui sont habituellement dissimulés derrière un voile de pudeur et d'intimité. D. A. Downs, dans *The New Politics of Pornography* (1989), décrit bien comment ce matériel ne reflète pas la richesse de la sexualité humaine, mais la ramène plutôt à une activité purement animale, à la p. 183:

[TRADUCTION] ... l'objection la plus grave que l'on formule à l'égard de la pornographie ou de l'obscénité pure et simple [...] est qu'elle représente un repli face au dilemme humain et à l'obligation de reconnaître les tensions de notre nature. La pornographie pure et simple nous ramène à nos bas instincts en éliminant la pudeur qui résulte de notre rencontre avec notre animalité.

Les images pornographiques qui transmettent cette image déformée de la sexualité humaine comportent souvent des éléments de violence, de cruauté, de douleur infligée et d'humiliation. Non seulement ce matériel constitue souvent la preuve que l'on est en train de commettre des actes répréhensibles, mais encore sa représentation évoque la possibilité d'influences sur le comportement. Dans un marché d'idées, pour employer une métaphore classique, les images pornographiques existent pour les preneurs et il ne fait pas de doute que ceux-ci sont nombreux. Les changements d'attitude chez ces preneurs, du fait qu'ils sont exposés au matériel pornographique, peuvent donner lieu à

Pornography and Prostitution in Canada (1985) (the "Fraser Report"), vol. 1, at p. 103:

... there are magazines, films and videos produced solely for the purpose of entertainment whose depiction of women in particular, but also, in some cases, men and young people, demeans them, perpetuates lies about aspects of their humanity and denies the validity of their aspirations to be treated as full and equal citizens within the community.

These conclusions echoed those of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, in its *Report on Pornography* (1978).

To summarize this section, the particular combination of a representation and its content that forms the subject matter of s. 163 of the *Code* was seen by Parliament as putting forward a distorted image of human sexuality, which in turn can induce harmful behavioural changes. This must be kept in mind when interpreting s. 163 of the *Code*.

Prohibition and Regulation

Another crucial feature of s. 163 of the *Code* lies in its very presence in the *Criminal Code*. Parliament through s. 163 only prohibits, and does not regulate, the circulation of obscene materials. In *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, this Court accordingly insisted that the audience to which a movie is shown was not relevant in deciding whether it is obscene or not, since applying different standards to different constituencies would bring s. 163(8) closer to regulation than prohibition. Wilson J. wrote at p. 521, with the assent of the majority of this Court:

It is not, in my opinion, open to the courts under s. 159(8) [now s. 163(8)] of the *Criminal Code* to characterize a movie as obscene if shown to one constituency but not if shown to another. I do not doubt that it is desirable to regulate the movies that can be shown to different constituencies. A movie which is not obscene

des abus et à des préjudices. Comme le conclut le Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, dans son rapport intitulé *La pornographie et la prostitution au Canada* (1985) (le «rapport Fraser»), vol. 1, à la p. 110:

... il existe des revues, des films et des vidéos, conçus uniquement à des fins de divertissement, dans lesquels la représentation des femmes, en particulier, mais aussi parfois des hommes et des adolescents a pour effet de les avilir, de perpétuer des mensonges sur leur nature humaine, et de nier leurs aspirations à l'égalité et à la plénitude de leurs droits de citoyens.

Ces conclusions reprennent celles du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques, dans son *Rapport sur la pornographie* (1978).

En résumé, le Parlement a considéré que la conjonction particulière d'une représentation et de son contenu, qui constitue l'objet de l'art. 163 du *Code*, avait pour effet de présenter une image déformée de la sexualité humaine, susceptible de provoquer à des changements d'attitude préjudiciables. Il faut garder cela à l'esprit en interprétant l'art. 163 du *Code*.

Interdiction et réglementation

Un autre aspect crucial de l'art. 163 du *Code* réside dans le fait même qu'il se trouve dans le *Code criminel*. Par l'article 163, le Parlement ne fait qu'interdire, et ne réglemente pas, la mise en circulation du matériel obscène. Dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, notre Cour a, en conséquence, insisté sur le fait que l'auditoire auquel est présenté un film est sans importance pour décider s'il est obscène ou non, puisque l'application de normes différentes à des auditoires différents aurait pour effet d'assimiler le par. 163(8) davantage à une réglementation qu'à une interdiction. Le juge Wilson écrit, à la p. 521, avec l'approbation de notre Cour à la majorité:

À mon avis, il n'appartient pas aux tribunaux, en vertu du par. 159(8) [maintenant le par. 163(8)] du *Code criminel*, de qualifier un film d'obscène si on le présente à un auditoire donné mais de non obscène si on le présente à un autre. Je ne doute pas qu'il soit souhaitable de réglementer les films qu'on peut présenter à différents

within the meaning of the *Criminal Code* may still not be desirable viewing material for persons under the age of 18. Such regulation . . . is authorized in various provincial jurisdictions but it is the regulation of material which is not obscene under the *Code*.

Sopinka J. also underscores this point in his reasons.

In the interpretation of s. 163(8) of the *Code* therefore, the impugned materials must be presumed available to the Canadian public at large. Any restrictions on availability are the result of regulatory measures which fall outside the purview of these provisions of the *Criminal Code*. Obscenity here is concerned with materials for which the mere fact of availability in the public at large is sufficient to warrant criminal prohibition, irrespective of in whose hands they actually fall.

The Three-Category Classification

Section 163(8) is the key to the identification of these materials. In the course of his reasons, Sopinka J. outlines the three tests that have been judicially developed for the application of s. 163(8), that is the "community standard of tolerance", "degradation or dehumanization" and "internal necessities" tests. He then proceeds to a progressive restatement of the law, putting in perspective the first two tests and bringing out the notion of harm as the central feature of s. 163(8) of the *Code*. Sopinka J. essentially aligns the definition of obscenity in s. 163(8) of the *Code* with the definition of pornography nowadays. He introduces a three-part categorization that has surfaced in contemporary theory, and that had been adopted in some Canadian cases throughout the 80s:

- (a) Explicit sex with violence, which generally constitutes "undue exploitation of sex" within the meaning of s. 163(8) of the *Code*, on the basis of demonstrable harm;
- (b) Explicit sex that is degrading or dehumanizing, which will be "undue exploitation of sex" if it creates a substantial risk of harm; the risk of

auditoires. Un film qui n'est pas obscène au sens du *Code criminel* peut néanmoins ne pas être un spectacle souhaitable pour des personnes de moins de 18 ans [. . .] cette réglementation est permise dans plusieurs provinces, mais il s'agit de la réglementation de matériel qui n'est pas obscène au sens du *Code*.

Le juge Sopinka souligne également cet aspect dans ses motifs.

Par conséquent, aux fins d'interpréter le par. 163(8) du *Code*, le matériel attaqué doit être présumé accessible à l'ensemble du public canadien. Toute restriction à l'accessibilité résulte de mesures réglementaires qui excèdent la portée des dispositions du *Code criminel*. L'obscénité vise ici le matériel dont le simple fait qu'il soit accessible au grand public suffit pour justifier une interdiction criminelle, quelle que soit la personne à qui il parvient réellement.

La classification en trois catégories

Le paragraphe 163(8) est la clé qui permet d'identifier ce matériel. Dans ses motifs, le juge Sopinka énonce les trois critères que les tribunaux ont conçus pour appliquer le par. 163(8), soit les critères de la «norme sociale de tolérance», du «traitement dégradant ou déshumanisant» et des «besoins internes». Il fait ensuite une mise à jour des règles de droit applicables, situant dans leur contexte les deux premiers critères et faisant ressortir que la notion de préjudice est l'élément crucial du par. 163(8) du *Code*. Le juge Sopinka rapproche essentiellement la définition de l'obscénité du par. 163(8) du *Code* de la définition actuelle de la pornographie. Il propose une classification en trois catégories qui se dégage de la théorie contemporaine et qui a été adoptée dans certaines décisions canadiennes au cours des années 80:

- a) Les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence, qui constituent généralement une «exploitation indue des choses sexuelles» au sens du par. 163(8) du *Code*, selon le préjudice qui peut être démontré,
- b) les choses sexuelles dégradantes ou déshumanisantes, qui constituent une «exploitation indue des choses sexuelles» lorsqu'elles créent un ris-

harm can be assessed with reference to the tolerance of the community, under the "community standard of tolerance" test; and

- (c) Explicit sex that is neither violent nor degrading or dehumanizing, which will not generally fall under s. 163(8) of the *Code*, according to Sopinka J.

I must say at the outset that I differ only with respect to the third category of materials. I am not prepared to affirm as boldly as my colleague Sopinka J. does that it escapes the application of s. 163(8).

Materials of the Third Category

The dual nature, as representation and content, of the subject matter of s. 163 comes into play here. Yet the classification proposed by my colleague Sopinka J. focuses only on content. The content of the first two categories of materials is so likely to harm that the characteristics of the representation do not really matter: if there is violence or degradation or dehumanization, as long as the element of representation is present, harm will probably ensue.

The content of the third category of materials is generally perceived as unlikely to cause harm, as Sopinka J. rightly points out. He mentions as an exception child pornography, i.e. materials in the production of which children were employed. This exception is important, since it obviously flows from the high likelihood of harm ensuing from the production and dissemination of child pornography.

In addition to this exception, it is quite conceivable that the representation may cause harm, even if its content as such may not be seen as harmful. It is helpful to quote here a passage from *R. v.*

que de préjudice important, lequel peut être évalué par rapport au seuil de tolérance de la société, en application du critère de la «norme sociale de tolérance», et

- a c) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes et qui, selon le juge Sopinka, ne sont généralement pas visées par le par. 163(8) du *Code*.

b Je dois tout d'abord dire que je diffère d'opinion seulement quant à la troisième catégorie de matériel. Je ne suis pas disposé à affirmer d'une façon aussi catégorique que mon collègue le juge Sopinka que ce matériel échappe à l'application du par. 163(8).

d *Le matériel de la troisième catégorie*

e La double nature de l'objet de l'art. 163, soit la représentation et le contenu, entre en jeu ici. Pourtant, la classification proposée par mon collègue le juge Sopinka n'est axée que sur le contenu. Le contenu des deux premières catégories de matériel risque tellement de causer un préjudice que les caractéristiques de la représentation n'ont pas vraiment d'importance: s'il existe un élément de violence ou un traitement dégradant ou déshumanisant, il s'ensuivra vraisemblablement un préjudice dans la mesure où l'élément de la représentation est présent.

f g On considère généralement que le contenu du matériel de la troisième catégorie risque peu de causer un préjudice, comme le fait remarquer à bon droit le juge Sopinka. Il mentionne, à titre d'exception, la pornographie mettant en cause des enfants, c'est-à-dire le matériel produit avec la participation d'enfants. Cette exception est importante puisqu'elle découle de toute évidence du risque élevé de préjudice que comportent la production et la diffusion de la pornographie qui met en cause des enfants.

h i Outre cette exception, il est tout à fait concevable que la représentation puisse être nocive, même dans le cas où son contenu peut être jugé inoffensif. Il est utile ici de citer un extrait de l'arrêt *R. c.*

Sudbury News Service Ltd. (1978), 18 O.R. (2d) 428, at p. 435, where Howland C.J.O. wrote:

There are some publications which are so blatantly indecent that they would not be tolerable by the Canadian community under any circumstances. Some pictures are offensive to the majority of people to the point that the Canadian community would not tolerate them on a billboard, or on the cover of a magazine, or on a television screen where persons of all ages and sensibilities would be exposed to them, but would be prepared to tolerate them being viewed by persons who wished to view them. Some pictures would not be acceptable by Canadian community standards in a children's bedtime storybook or primer but would be in a magazine for general distribution.

This passage and the surrounding sentences were also quoted in the judgment of Dickson C.J. in *Towne Cinema, supra*, for the proposition that the tolerance of the Canadian community will vary according to the audience of the materials. Dickson C.J. was in minority on this issue; as was mentioned above, the majority agreed with Wilson J. that the actual audience to which the materials are presented is not relevant. I accept the opinion of Wilson J., as it was concurred in by the majority.

The above passage, however, brings out another important aspect, the manner of representation. This was not at issue in *Towne Cinema, supra*, and neither Dickson C.J. nor Wilson J. addressed this point in his/her respective opinion. The manner of representation, of public suggestion, can greatly contribute to the deformation of sexuality, through the loss of its humanity. Even if the content is not as such objectionable (and, I would say, even more so), the manner in which the material is presented may turn it from innocuous to socially harmful. After all, it is the element of representation that gives this material its power of suggestion, and it seems quite conceivable that this power may cause harm despite the apparent neutrality of the content. A host of factors could intervene in the manner of representation to affect the characterization of the

Sudbury News Service Ltd. (1978), 18 O.R. (2d) 428, à la p. 435, où le juge en chef Howland de l'Ontario affirme:

[TRADUCTION] Certaines publications sont d'une indécence si flagrante que la société canadienne ne pourrait les tolérer en aucun cas. Certaines images sont si choquantes pour la majorité des gens que la société canadienne ne tolérerait pas qu'elles soient exposées sur un panneau d'affichage, sur la couverture d'une revue ou à la télévision où des personnes de tout âge et de toute sensibilité pourraient les voir, mais serait toutefois disposée à tolérer qu'elles soient vues par les personnes qui veulent les voir. Suivant les normes de la société canadienne, certaines images ne seraient pas acceptables dans un livre d'histoires ou un manuel pour enfants, mais le seraient dans une revue destinée au public en général.

Ce passage et les phrases qui l'entourent ont aussi été cités par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, à l'appui de la proposition que la tolérance de la société canadienne variera en fonction de l'auditoire auquel s'adresse le matériel. Le juge en chef Dickson était minoritaire sur ce point; comme je l'ai déjà mentionné, les juges formant la majorité étaient d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'auditoire auquel est présenté le matériel est sans importance. J'accepte l'opinion du juge Wilson puisqu'elle a reçu l'adhésion des juges formant la majorité.

Toutefois, le passage précité fait ressortir un autre aspect important, le mode de représentation. Il ne s'agissait pas là d'un point en litige dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, et ni le juge en chef Dickson ni le juge Wilson ne l'ont abordé dans leurs motifs respectifs. Le mode de représentation du matériel, la façon de le rendre suggestif pour le public, peut grandement contribuer à la déformation de la sexualité, en lui faisant perdre son caractère humain. Même dans le cas où le contenu du matériel n'est pas choquant en soi (et je dirais même, encore plus s'il ne l'est pas), la façon dont il est présenté peut rendre nocif pour la société un matériel inoffensif. Après tout, c'est l'élément de la représentation qui confère à ce matériel son pouvoir suggestif, et il semble tout à fait concevable que ce pouvoir puisse causer un préjudice malgré

material, among which are the medium, the type or the use.

The medium provides a good example. Indeed the differences between the various media are not acknowledged often enough in opinions dealing with s. 163 of the *Code*. This Court, in *Hawkshaw v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 668, has decided that the definition of obscenity in s. 163(8) of the *Code* applies throughout the *Code*, whether the material is a publication or not, but that does not preclude s. 163(8) from taking into account the medium of representation. Statements are made regarding the law of obscenity where a movie is impugned, for instance, and it is often taken for granted that they will apply to all media.

Nevertheless it seems natural to me that the likelihood of harm, and the tolerance of the community, may vary according to the medium of representation, even if the content stays the same. Let me take, as an example, an explicit portrayal of "plain" sexual intercourse, where two individuals are making love. This falls within the third category of Sopinka J. If found in words in a book, it is unlikely to be of much concern (if found in a children's book, though, this may be different). If found depicted in a magazine or in a movie, the likelihood of harm increases but remains low. If found on a poster, it is already more troublesome. If found on a billboard sign, then I would venture that it may well be an undue exploitation of sex, because the community does not tolerate it, on the basis of its harmfulness.

The harmfulness, in the billboard sign example, would come from the immediacy of the representation, inasmuch as the sign stands all by itself (as

l'apparente neutralité du contenu. Toute une série de facteurs pourraient intervenir dans le mode de représentation et influencer sur la caractérisation du matériel, mentionnons notamment le moyen d'expression, le type de représentation ou l'utilisation qu'on en fait.

Le moyen d'expression offre un bon exemple. En effet, les différences entre les divers moyens d'expression ne sont pas reconnues assez souvent dans les opinions relatives à l'art. 163 du *Code*. Dans l'arrêt *Hawkshaw c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 668, notre Cour a décidé que la définition de l'obscénité, au par. 163(8) du *Code*, s'applique partout dans le *Code*, peu importe que le matériel constitue une publication ou non; toutefois, cela n'empêche pas de tenir compte du moyen d'expression dans l'application du par. 163(8). On fait des déclarations concernant le droit en matière d'obscénité lorsqu'un film est attaqué, par exemple, et on tient souvent pour acquis qu'elles s'appliqueront à tous les moyens d'expression.

Néanmoins, il me semble naturel que la probabilité de préjudice et la tolérance de la société puissent varier en fonction du moyen d'expression, même si le contenu demeure le même. Permettez-moi, par exemple, de mentionner le cas d'une représentation explicite de relations sexuelles «ordinaires» entre deux personnes. Cette représentation tombe dans la troisième catégorie de la classification du juge Sopinka. Si cette scène est décrite dans un livre, il y a peu de risques qu'elle suscite beaucoup d'inquiétudes (quoique si elle l'est dans un livre pour enfants, la situation peut être différente). Si cette scène est décrite dans une revue ou dans un film, la probabilité de préjudice augmente, mais demeure faible. Si cette scène est représentée sur une affiche, elle est déjà plus troublante. Si elle est représentée sur un panneau-réclame, j'irais alors jusqu'à dire qu'il peut bien s'agir d'une exploitation indue des choses sexuelles parce que la société ne tolère pas ce genre de représentation, en raison de son caractère préjudiciable.

Le caractère préjudiciable, dans l'exemple du panneau-réclame, découlerait de l'immédiateté de la représentation, dans la mesure où le panneau-

opposed to a passage in a book, a film or a magazine). Its message is at once crude and inescapable. It distorts human sexuality by taking it out of any context whatsoever and projecting it to the public. This example goes to the extreme, of course, but it is meant to show that the element of representation may create a likelihood of harm that may lead to the application of s. 163 of the *Code*, even if the content of the representation as such is not objectionable.

As I mentioned, the medium of representation is but one variable pertaining to representation that may trigger the application of s. 163 to third-category materials. The overall type or use of the representation, be it education, art, advertising, sexual arousal or other, may also be relevant, among other factors. These factors tie in to the "internal necessities" test to some extent. This test, if it is to find a place within the interpretive framework of Sopinka J., must intervene at the representational level, to change the characterization that would ensue from a mere look at the content of the materials.

For these reasons, therefore, I would hold that materials falling within Sopinka J.'s third category (explicit sex with neither violence nor degradation or dehumanization), while generally less likely to cause harm than those of the first two categories, may nevertheless come within the definition of obscene at s. 163(8) of the *Code*, if their content (child pornography) or their representational element (the manner of representation) is found conducive of harm.

Tolerance and Harm

The assessment of the risk of harm here depends on the tolerance of the community, as is the case with the second category of materials. This brings me to outline a certain shift in the meaning of "tolerance". In *Towne Cinema, supra*, Dickson C.J.

réclame se passe d'explication (par opposition à un passage dans un livre, dans un film ou une revue). Le message qu'il transmet est à la fois brutal et inévitable. Il déforme la sexualité humaine en la présentant au public, dépouillée de tout contexte. Il s'agit là bien entendu d'un exemple extrême; toutefois, il sert à démontrer que l'élément de représentation peut engendrer une probabilité de préjudice susceptible de donner lieu à l'application de l'art. 163 du *Code*, et ce, même si le contenu de la représentation n'est pas choquant en soi.

Comme je l'ai mentionné, le moyen d'expression ne constitue qu'une variante qui peut déclencher l'application de l'art. 163 au matériel de la troisième catégorie. Le type général de la représentation ou l'utilisation globale qu'on en fait, notamment, que ce soit à des fins éducatives, artistiques, publicitaires ou de stimulation sexuelle ou autres, peuvent être aussi pertinents. Ces facteurs correspondent, dans une certaine mesure, au critère des «besoins internes». Pour que ce critère puisse s'insérer dans le cadre d'interprétation du juge Sopinka, il doit être appliqué au niveau de la représentation afin de pouvoir changer la caractérisation qui découlerait d'un simple examen du contenu du matériel.

Pour ces motifs, je suis donc d'avis que, même s'il est généralement moins susceptible de causer un préjudice que celui de la première ou de la deuxième catégorie, le matériel qui tombe dans la troisième catégorie proposée par le juge Sopinka (les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes) peut néanmoins relever de la définition de ce qui est obscène, que l'on trouve au par. 163(8) du *Code*, si l'on juge que son contenu (pornographie mettant en cause des enfants) ou son élément de représentation (le mode de représentation) peut causer un préjudice.

La tolérance et le préjudice

L'évaluation du risque de préjudice en l'espèce dépend de la tolérance de la société, comme dans le cas de la deuxième catégorie de matériel. Cela m'amène à faire remarquer que le sens du terme «tolérance» a subi un certain changement. Dans

formulated the community standard test as follows at p. 508:

... it is a standard of *tolerance*, not taste, that is relevant. What matters is not what Canadians think is right for themselves to see. What matters is what Canadians would not abide other Canadians seeing because it would be beyond the contemporary Canadian standard of tolerance to allow them to see it. [Emphasis in original.]

It is unclear from this excerpt what the basis of tolerance is. It seems that tolerance is for taste the conceptual equivalent of the reasonable person to the actual plaintiff: an abstraction, an average perhaps. Tolerance would be some form of enlightened, altruistic taste, which would factor in and sum up the tastes of the whole population.

In the mind of Dickson C.J., there exists no necessary relationship between tolerance and harm, as he mentions at p. 505:

However, as I have noted above, there is no *necessary* coincidence between the undueness of publications which degrade people by linking violence, cruelty or other forms of dehumanizing treatment with sex, and the community standard of tolerance. Even if certain sex related materials were found to be within the standard of tolerance of the community, it would still be necessary to ensure that they were not "undue" in some other sense, for example in the sense that they portray persons in a degrading manner as objects of violence, cruelty, or other forms of dehumanizing treatment. [Emphasis in original.]

Sopinka J. uses the community standard of tolerance to gauge the risk of harm. In this context, tolerance must be related to the harm. It must mean not only tolerance of the materials, but also tolerance of the harm which they may bring about. It is a more complicated and more reflective form of tolerance than what was considered by Dickson C.J. in *Towne Cinema, supra*. Such a development is fully in accordance with the emphasis put

l'arrêt *Towne Cinema*, précité, le juge en chef Dickson a formulé ainsi le critère de la norme sociale, à la p. 508:

... la norme applicable est la *tolérance* et non le goût. Ce qui importe, ce n'est pas ce que les Canadiens estiment convenable pour eux-mêmes de voir. Ce qui importe, c'est ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada que de permettre qu'ils le voient. [En italique dans l'original.]

Cet extrait ne nous renseigne pas clairement sur ce qu'est le seuil de tolérance. Il semble que la tolérance soit, par rapport au goût, l'équivalent conceptuel de ce que serait la personne raisonnable par rapport à la personne qu'est un demandeur: une abstraction, peut-être une moyenne. La tolérance serait une certaine forme de goût éclairé et altruiste, qui tiendrait compte des goûts de l'ensemble de la population et les résumerait.

Dans l'esprit du juge en chef Dickson, il n'existe pas nécessairement de rapport entre la tolérance et le préjudice, comme il le mentionne, à la p. 505:

Cependant, comme je l'ai souligné plus haut, il n'y a pas *nécessairement* de coïncidence entre la norme sociale de tolérance et le caractère indu des publications qui dégradent des personnes en associant les choses sexuelles à la violence, à la cruauté ou à d'autres formes de traitement déshumanisant. Même si on concluait que certains objets qui ont trait aux choses sexuelles sont conformes à la norme sociale de tolérance, il serait encore nécessaire de s'assurer qu'ils ne sont pas «indus» sous d'autres aspects, en ce sens par exemple qu'ils représentent des personnes d'une manière dégradante, comme faisant l'objet de violence, de cruauté et d'autres formes de traitement déshumanisant. [En italique dans l'original.]

Le juge Sopinka utilise la norme sociale de tolérance pour évaluer le risque de préjudice. Dans ce contexte, il doit exister un rapport entre la tolérance et le préjudice. Elle doit signifier qu'il y a non seulement tolérance du matériel, mais aussi tolérance du préjudice que ce matériel est susceptible de causer. Il s'agit là d'une forme de tolérance plus complexe et plus représentative que celle envisagée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt

by this Court on harm as the central element in the interpretation of s. 163(8).

In the context of the third category, the harm sought to be avoided is the same as in the first two categories, that is attitudinal changes. While this type of harm was clear in the case of the first category and was probable in the case of the second, it is perhaps more remote here, and will likely occur only in a limited number of cases. The main difference between the second and third categories lies in the presumed likelihood of harm: while degrading or dehumanizing materials are likely to cause harm regardless of whether the community may be ready to tolerate such harm, materials which show no violence, no degradation or dehumanization are less likely to cause harm, and the evidence with respect to the lack of tolerance of the community will be central. Still the risk of harm flowing from the content or the representational element of third-category materials is not always so slight as my colleague Sopinka J. pictures it. If the community cannot tolerate this risk of harm, then in my opinion these materials, even though they may offer a non-violent, non-degrading, non-dehumanizing content, will constitute undue exploitation of sex and will fall under the definition of obscenity at s. 163(8) of the *Code*.

The Constitutional Validity of s. 163 of the Code

With respect to the constitutional aspects of this case, I am in agreement with Sopinka J., and I wish only to complement his reasons on the objective of s. 163 of the *Code*.

In his reasons, Sopinka J. rules out the possibility that "public morality" can be a legitimate objective for s. 163 of the *Code* and, while admitting that Parliament may legislate to protect "fundamental conceptions of morality", he goes on to

Towne Cinema, précité. Cette évolution est entièrement compatible avec l'importance accordée au préjudice par notre Cour à titre d'élément crucial dans l'interprétation du par. 163(8).

Dans le contexte de la troisième catégorie, le préjudice que l'on cherche à éviter est le même que dans les deux premières catégories, savoir les changements d'attitude. Bien que ce type de préjudice soit évident dans le cas de la première catégorie et probable dans le cas de la deuxième, il est peut-être plus éloigné ici et n'est susceptible de se réaliser que dans un nombre restreint de cas seulement. La principale différence entre la deuxième et la troisième catégorie est la présumée probabilité de préjudice: alors que le matériel dégradant ou déshumanisant est susceptible de causer un préjudice, peu importe que la société soit disposée à le tolérer ou non, le matériel qui ne renferme aucun élément de violence ni aucun traitement dégradant ou déshumanisant est moins susceptible de causer un préjudice et la preuve de l'absence de tolérance de la part de la société sera cruciale. Encore est-il que le risque de préjudice découlant du contenu ou de l'élément de représentation du matériel de la troisième catégorie n'est pas toujours aussi faible que le décrit mon collègue le juge Sopinka. Si la société ne peut tolérer ce risque de préjudice, j'estime alors que ce matériel, quoique son contenu puisse être ni violent, ni dégradant, ni déshumanisant, constituera une exploitation indue des choses sexuelles et sera visé par la définition de l'obscénité prévue au par. 163(8) du *Code*.

La constitutionnalité de l'art. 163 du Code

En ce qui concerne les aspects constitutionnels du présent pourvoi, je suis du même avis que le juge Sopinka et je tiens seulement à appuyer de quelques remarques complémentaires ses motifs touchant l'objectif de l'art. 163 du *Code*.

Dans ses motifs, le juge Sopinka écarte la possibilité que la «moralité publique» puisse constituer un objectif légitime de l'art. 163 du *Code* et, tout en reconnaissant que le Parlement peut légiférer en vue de protéger «certaines conceptions fondamen-

conclude that the true objective of s. 163 is the avoidance of harm to society.

In my opinion, the distinction between the two orders of morality advanced by my colleague is correct, and the avoidance of harm to society is but one instance of a fundamental conception of morality.

First of all, I cannot conceive that the State could not legitimately act on the basis of morality. Since its earliest *Charter* pronouncements, this Court has acknowledged this possibility. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Dickson J. (as he then was) wrote for the Court at p. 337:

Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

Morality is also listed as one of the grounds for which freedom of expression can be restricted in the *European Convention on Human Rights* at article 10:

1. Everyone has the right to freedom of expression

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

The European Court of Human Rights has recognized the validity of prohibitions of obscene materials in English and Swiss law, respectively, on the basis that they concern morals, in the *Handyside Case*, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24 and in the *Case of Müller and Others*, judgment of 24 May 1988, Series A No. 133.

tales de la moralité», il conclut que l'objectif véritable de l'art. 163 est d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société.

À mon avis, la distinction entre les deux ordres de moralité préconisée par mon collègue est juste et le fait d'éviter qu'un préjudice soit causé à la société n'est qu'un exemple de conception fondamentale de la moralité.

Premièrement, je ne puis concevoir que l'État ne puisse légitimement agir en se fondant sur la moralité. Depuis ses premières décisions concernant la *Charte*, notre Cour a reconnu cette possibilité. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé, au nom de la Cour, à la p. 337:

La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

La moralité est également mentionnée, à l'article 10 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, comme l'un des motifs pour lesquels la liberté d'expression peut être restreinte:

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression . . .

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la validité des interdictions de matériel obscène prévues dans les lois de l'Angleterre et de la Suisse, respectivement, pour le motif qu'elles ont trait aux mœurs, dans l'*Affaire Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24, et dans l'*Affaire de Müller et autres*, arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133.

Indeed the problem is not so much to assess whether morality is a valid objective under the *Charter* as to determine under which conditions it is a pressing and substantial objective. Not all moral claims will be sufficient to warrant an override of *Charter* rights. As R. Dworkin wrote in the chapter of *Taking Rights Seriously* (1977) entitled "Liberty and Moralism" at p. 255:

The claim that a moral consensus exists is not itself based on a poll. It is based on an appeal to the legislator's sense of how his community reacts to some disfavored practice. But this same sense includes an awareness of the grounds on which that reaction is generally supported. If there has been a public debate involving the editorial columns, speeches of his colleagues, the testimony of interested groups, and his own correspondence, these will sharpen his awareness of what arguments and positions are in the field. He must sift these arguments and positions, trying to determine which are prejudices or rationalizations, which pre-suppose general principles or theories vast parts of the population could not be supposed to accept, and so on.

This task that Dworkin assigns to Parliament is also entrusted to this Court in *Charter* review. Two dimensions are important here, which allow one to distinguish between morality in the general sense and "fundamental conceptions of morality".

First of all, the moral claims must be grounded. They must involve concrete problems such as life, harm, well-being, to name a few, and not merely differences of opinion or of taste. Parliament cannot restrict *Charter* rights simply on the basis of dislike; this is what is meant by the expression "substantial and pressing" concern.

Secondly, a consensus must exist among the population on these claims. They must attract the support of more than a simple majority of people. In a pluralistic society like ours, many different conceptions of the good are held by various segments of the population. The guarantees of s. 2 of

En fait, le problème n'est pas tant d'évaluer si la moralité est un objectif valide en vertu de la *Charte*, que de déterminer dans quelles conditions elle constitue un objectif urgent et réel. Ce ne sont pas toutes les demandes fondées sur la moralité qui justifieront la suppression de droits garantis par la *Charte*. Comme l'a écrit R. Dworkin dans le chapitre de *Taking Rights Seriously* (1977), intitulé «Liberty and Moralism», à la p. 255:

[TRADUCTION] La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et positions et tenter d'établir lesquels constituent des partis pris ou des rationalisations, ce qui présuppose le recours à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.

Cette tâche que Dworkin attribue au Parlement incombe également à notre Cour lorsqu'elle procède à un examen fondé sur la *Charte*. Il existe ici deux dimensions importantes qui nous permettent d'établir une distinction entre la moralité au sens général et les «conceptions fondamentales de la moralité».

Premièrement, les prétentions morales doivent être fondées. Elles doivent porter sur des problèmes concrets, comme la vie, le préjudice, le bien-être pour n'en nommer que quelques-uns; il ne doit pas s'agir simplement de divergences d'opinions ou de goûts. Le Parlement ne saurait restreindre les droits garantis par la *Charte* simplement pour des motifs d'aversion; c'est ce qu'on entend par préoccupation «réelle et urgente».

Deuxièmement, il doit exister un consensus au sein de la population quant à ces prétentions. Elles doivent bénéficier de l'appui de plus d'une majorité simple de la population. Dans une société pluraliste comme la nôtre, les divers segments de la population ont maintes conceptions différentes de

the *Charter* protect this pluralistic diversity. However, if the holders of these different conceptions agree that some conduct is not good, then the respect for pluralism that underlies s. 2 of the *Charter* becomes less insurmountable an objection to State action (this argument has recently been rejuvenated and reformulated in S. A. Gardbaum, "Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All" (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350). In this sense a wide consensus among holders of different conceptions of the good is necessary before the State can intervene in the name of morality. This is also comprised in the phrase "pressing and substantial".

The avoidance of harm caused to society through attitudinal changes certainly qualifies as a "fundamental conception of morality". After all, one of the chief aspirations of morality is the avoidance of harm. It is well grounded, since the harm takes the form of violations of the principles of human equality and dignity. Obscene materials debase sexuality. They lead to the humiliation of women, and sometimes to violence against them. This is more than just a matter of taste. Without entering into the examination of the rational connection, some empirical evidence even elucidates the link between these materials and actual violence. Even then, as was said by this Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and as is reiterated by my colleague in his reasons, scientific proof is not required, and reason and common experience will often suffice.

Furthermore, taking into account that people hold different conceptions about good taste and the acceptable level of sexual explicitness, most would agree that these attitudinal changes are serious and warrant State intervention (civil liberty groups who advocated that this Court strike down s. 163 of the *Code* concede that harm can justify State intervention, but they deny that any harm flows from obscene materials; that is a different question).

ce qui est bien. Les garanties prévues à l'art. 2 de la *Charte* protègent cette diversité pluraliste. Cependant, si les tenants de ces diverses conceptions reconnaissent qu'une conduite donnée n'est pas bonne, alors le respect du pluralisme qui sous-tend l'art. 2 de la *Charte* devient une objection moins insurmontable à l'intervention de l'État (cette thèse a récemment été actualisée et reformulée par S. A. Gardbaum dans «Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All» (1991), 104 *Harv. L. Rev.* 1350). En ce sens, il doit exister un vaste consensus entre les tenants des diverses conceptions du bien pour que l'État puisse intervenir en invoquant la moralité. Cela est également compris dans l'expression «urgent et réel».

Éviter qu'un préjudice soit causé à la société par suite de changements d'attitude représente certainement une «conception fondamentale de la moralité». Après tous, l'un des objectifs majeurs de la moralité est d'éviter qu'un préjudice soit causé. C'est là un objectif bien fondé puisque le préjudice réside dans une violation des principes d'égalité et de dignité humaines. Le matériel obscène avilit la sexualité. Il engendre l'humiliation des femmes et parfois la violence à leur endroit. C'est plus qu'une simple question de goût. Sans engager un examen du lien rationnel, certaines données empiriques illustrent le lien entre le matériel obscène et la violence réelle. D'ailleurs, comme notre Cour l'a affirmé dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, et comme le répète mon collègue dans ses motifs, une preuve scientifique n'est pas nécessaire et la raison et l'expérience générale suffiront souvent.

Par ailleurs, si l'on tient compte du fait que les gens ont des conceptions différentes du bon goût et du niveau acceptable d'explicitation sexuelle, la plupart d'entre nous reconnaîtraient que ces changements d'attitude sont graves et justifient l'intervention de l'État (les groupes de défense des libertés civiles ont proposé à notre Cour de déclarer inopérant l'art. 163 du *Code* reconnaissent que le préjudice peut justifier l'intervention de l'État, mais ils contestent que le matériel obscène soit nocif; c'est là une autre question).

I agree with Sopinka J. that s. 163 of the *Code* aims at preventing harm to society and I fully endorse his analysis, and as I tried to demonstrate I would not hesitate to affirm that the prevention of harm is a moral objective that is valid under s. 1 of the *Charter*.

I also agree with Sopinka J.'s analysis of the proportionality between the restriction effected by s. 163 of the *Code* and its objectives. I would add a remark, however, on the first factor listed by Sopinka J. under the minimal impairment branch of the proportionality test, that is the exception for materials of the third category. Contrary to Sopinka J., I consider that the third category may sometimes attract criminal liability. The requirement that the impugned materials exceed the community standard of tolerance of harm provides sufficient precision and protection for those whose activities are at stake. This is so as, on the one hand, the field of sexual exploitation is one of first apprehension, directly related to one of the primary aspects of human personality, and well known to all, including particularly those engaged in it. On the other hand, the criterion of tolerance of harm by the community as a whole is one that, by definition, reflects the general level of tolerance throughout all sectors of the community, hence generally of all its members. It is therefore a very demanding criterion to meet as it must be by definition generally known or apprehended. It is indeed not far removed from the domain of public notoriety and, inasmuch as it falls within it, may be the subject of judicial notice not requiring specific proof.

Subject to the foregoing comments, I otherwise concur both with the reasons and the disposition of the case of my colleague Sopinka J.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Chapman, Goddard, Kagan, Winnipeg.

Je suis d'accord avec le juge Sopinka que l'art. 163 du *Code* vise à empêcher qu'un préjudice soit causé à la société et je souscris entièrement à son analyse; comme j'ai tenté de le démontrer, je n'hésiterais pas à soutenir que la prévention d'un préjudice est un objectif moral valide selon l'article premier de la *Charte*.

Je conviens également de l'analyse du juge Sopinka quant à la proportionnalité entre la restriction imposée par l'art. 163 du *Code* et ses objectifs. J'ajouterais cependant un commentaire touchant le premier facteur indiqué par le juge Sopinka, dans son examen du volet de l'atteinte minimale du critère de la proportionnalité, soit l'exception concernant le matériel de la troisième catégorie. Contrairement au juge Sopinka, j'estime que la troisième catégorie de matériel peut parfois entraîner une responsabilité criminelle. L'exigence que le matériel attaqué outre passe la norme sociale de tolérance de préjudice est suffisamment précise et offre suffisamment de protection à ceux dont les activités sont visées. Il en est ainsi puisque, d'une part, le domaine de l'exploitation sexuelle en est un de connaissance primaire qui se rapporte directement à l'un des aspects fondamentaux de la personnalité humaine et est bien connu de tous, y compris particulièrement ceux qui s'y engagent. D'autre part, le critère de tolérance du préjudice par l'ensemble de la société traduit, par définition, le seuil général de tolérance qui existe dans tous les secteurs de la société, et donc celui de l'ensemble de ses membres. Il s'agit donc d'un critère fort exigeant parce qu'il doit, par définition, être généralement connu ou appréhendé. Il relève presque du domaine de la notoriété publique et, s'il est effectivement notoire, le juge peut en prendre connaissance d'office sans autre preuve.

Sous réserve des observations qui précèdent, je souscris à la fois aux motifs et à la conclusion de mon collègue le juge Sopinka.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Chapman, Goddard, Kagan, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

b Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

c Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Goran Tomljanovic, Edmonton.

d Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Goran Tomljanovic, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Canadian Civil Liberties Association and Manitoba Association for Rights and Liberties: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

e Procureurs des intervenantes l'Association canadienne des libertés civiles et l'Association manitobaine des droits et libertés: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Arvay, Finlay, Victoria.

f Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association: Arvay, Finlay, Victoria.

Solicitors for the intervener Women's Legal Education and Action Fund: Code Hunter, Calgary.

f Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Code Hunter, Calgary.

Solicitors for the intervener G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

g Procureurs de l'intervenant le G.A.P. (Group Against Pornography) Inc.: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1992 Vol. 1

4^e cahier, 1992 Vol. 1

Cited as [1992] 1 S.C.R. 527-709

Renvoi [1992] 1 R.C.S. 527-709

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

CONTENTS

Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co..... 647

Civil procedure — Production of documents — Medical records — Form signed by insured at time of life insurance application authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Hospital refusing insurer access to insured's medical records — Application of art. 402 C.C.P. — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.

Insurance — Life insurance — Interpretation of contract — Insurer's right of access to insured's medical records — Form signed by insured at time of life insurance application authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Whether insured waived right to confidentiality of medical records — If so, whether hospital should give insurer unrestricted access to insured's

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

SOMMAIRE

Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie ... 647

Procédure civile — Production de documents — Dossiers médicaux — Signature par l'assuré, au moment de la proposition d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux "aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres" — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — Refus de l'hôpital de donner à l'assureur accès aux dossiers médicaux de l'assuré — Application de l'art. 402 C.p.c. — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.

Assurance — Assurance-vie — Interprétation du contrat — Droit d'accès de l'assureur aux dossiers médicaux de l'assuré — Signature par l'assuré, au moment de la proposition d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux "aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres" — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — L'assuré a-t-il renoncé à son droit à la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

medical records — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.

Hospitals — Medical records — Confidentiality — Form signed by insured at time of life insurance application authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Whether hospital should give insurer access to insured's medical records — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.

**Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland
(Board of Commissioners of Public Utilities)..... 623**

Administrative law — Apprehension of bias — Policy-making board — Board member expressing strong views as to issue board considering — Decision made after Board declined to remove member from panel — Extent to which an administrative board member may comment on matters before the board — Whether reasonable apprehension of bias — If so, whether decision void or merely voidable.

**Quebec (Attorney General) v. Transport G.
Courchesne Inc. 621**

Criminal law — Violation of Quebec Highway Safety Code — Vehicle found to be carrying excess load when weighed — Approved scale — Proof.

R. v. Clunas 595

Criminal law — Procedures — Joinder — Summary conviction offence and indictable offence in separate informations tried together with consent — Whether proceedings constituted two separate trials with the evidence in one trial applying in the other trial — Whether a court has jurisdiction to try two separate informations in a single trial — Whether a summary conviction offence and an indictable offence can be properly joined and tried together — Whether the proceedings constituted a procedural irregularity, and if so, whether s. 686(1)(b)(iv) of the Criminal Code could be applied to uphold a conviction — Criminal Code, R.S.C., 1985, ss. 591, 686(1)(b)(iv).

R. v. Green 614

Criminal law — Demand for blood samples — Whether demand must incorporate assurances that blood samples will only be taken by or under direction of qualified medical practitioner and that taking of samples will not endanger person's life or health — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3), (4), (5).

R. v. Milne 697

Criminal law — Theft — Conversion — Accused's company paid twice for same services — Accused aware that second

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

confidentialité de ses dossiers médicaux? — Dans l'affirmative, l'hôpital devrait-il donner à l'assureur un accès illimité aux dossiers médicaux de l'assuré? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.

Hôpitaux — Dossiers médicaux — Confidentialité — Signature par l'assuré, au moment de la proposition d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux "aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres" — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — L'hôpital devrait-il donner à l'assureur accès aux dossiers médicaux de l'assuré? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.

**Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board
of Commissioners of Public Utilities)..... 623**

Droit administratif — Crainte de partialité — Commission chargée de l'élaboration de politiques — Un membre de la Commission a exprimé des opinions bien arrêtées sur une question dont la Commission était saisie — Décision rendue après le refus de la Commission d'écarter ce membre de la formation étudiant la question — Dans quelle mesure un membre d'une commission administrative peut-il commenter des questions soumises à la commission? — Y a-t-il eu une crainte raisonnable de partialité? — Dans l'affirmative, la décision rendue était-elle nulle ou seulement susceptible d'annulation?

**Québec (Procureur général) c. Transport G. Cour-
chesne Inc. 621**

Droit criminel — Infraction au Code de la sécurité routière du Québec — Surcharge lors de la pesée d'un véhicule — Balance approuvée — Preuve.

R. c. Clunas 595

Droit criminel — Procédures — Réunion — Infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et acte criminel faisant l'objet de dénonciations distinctes instruits ensemble avec le consentement des parties — S'agissait-il de deux procès distincts, la preuve produite dans l'un s'appliquant à l'autre? — Un tribunal a-t-il compétence pour instruire deux dénonciations distinctes dans un seul procès? — Peut-on réunir une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et un acte criminel et les juger ensemble? — Les procédures constituaient-elles une irrégularité procédurale et, dans l'affirmative, l'art. 686(1)(b)(iv) du Code criminel peut-il s'appliquer pour maintenir la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), art. 591, 686(1)(b)(iv).

R. c. Green 614

Droit criminel — Ordre de fournir des échantillons de sang — L'ordre doit-il comprendre les garanties que les échantillons de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

cheque issued by mistake — Accused depositing second cheque in company's account and writing cheques to himself — Whether accused guilty of theft — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322(1).

R. v. Moore 619

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Preliminary inquiry — Judge presiding at preliminary inquiry having no jurisdiction to decide whether legislation violates Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Judge presiding at preliminary inquiry having no jurisdiction to decide whether legislation violates Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

Criminal law — Committal for trial — Some evidence upon which accused could be committed for trial on charge of unlawful confinement — Accused's application to quash committal order properly dismissed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

R. v. Wise 527

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Electronic surveillance — Tracking devices — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Whether use of device infringed accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Accused's right to be secure against unreasonable search and seizure infringed — Whether admission of evidence so obtained would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Electronic surveillance — Tracking devices — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Whether use of device infringed guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether admission of evidence so obtained would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of Charter.

Sinclair v. Quebec (Attorney General) 579

Constitutional law — Language guarantees — Instruments of legislative nature — Quebec legislation amalgamating two cities — Legislative process divided into a series of discrete steps — Whether all instruments, from ministerial order postponing

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié ou sous sa direction et ne mettront pas en danger la vie ou la santé de la personne visée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3), (4), (5).

R. c. Milne 697

Droit criminel — Vol — Détournement — Société de l'accusé payée deux fois pour les mêmes services — Second chèque émis par erreur à la connaissance de l'accusé — Second chèque déposé dans le compte de la société par l'accusé qui a ensuite tiré des chèques dont il était lui-même bénéficiaire — L'accusé est-il coupable de vol? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322(1).

R. c. Moore 619

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Enquête préliminaire — Le juge président à l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour décider si les dispositions législatives violent la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Le juge président à l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour décider si les dispositions législatives violent la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

Droit criminel — Renvoi à procès — Éléments de preuve justifiant le renvoi à procès de l'accusé relativement à une accusation de séquestration illégale — Requête de l'accusé en annulation de l'ordonnance de renvoi à procès rejetée à bon droit — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

R. c. Wise 527

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Surveillance électronique — Dispositifs de surveillance — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — L'utilisation du dispositif viole-t-elle le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — L'utilisation de la preuve ainsi obtenue est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

Droit criminel — Surveillance électronique — Dispositifs de surveillance — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — L'utilisation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

municipal elections to notification of the issuance of letters patent for new city, must comply with s. 133 of Constitution Act, 1867 — An Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48.

SOMMAIRE (Fin)

du dispositif viole-t-elle la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives reconnue à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve ainsi obtenue est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte?

Sinclair c. Québec (Procureur général)..... 579

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Textes de nature législative — Loi du Québec prévoyant la fusion de deux villes — Processus législatif scindé en une série d'étapes distinctes — Tous les textes, du décret ministériel reportant les élections municipales à l'avis de délivrance des lettres patentes de la nouvelle ville, doivent-ils respecter l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, L.Q. 1985, ch. 48.

James Henry Wise Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. WISE

File No.: 22050.

1991: June 25; 1992: February 27.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Electronic surveillance — Tracking devices — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Whether use of device infringed accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Accused's right to be secure against unreasonable search and seizure infringed — Whether admission of evidence so obtained would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

Criminal law — Electronic surveillance — Tracking devices — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Whether use of device infringed guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether admission of evidence so obtained would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of Charter.

Appellant was charged with mischief to property. The Crown sought to introduce evidence of his whereabouts obtained through the use of an electronic tracking device (a "beeper") installed in his car. The police had

James Henry Wise Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. WISE

N° du greffe: 22050.

^b 1991: 25 juin; 1992: 27 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson et Iacobucci.

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

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Surveillance électronique — Dispositifs de surveillance — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — L'utilisation du dispositif viole-t-elle le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.*

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — L'utilisation de la preuve ainsi obtenue est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).*

^f *Droit criminel — Surveillance électronique — Dispositifs de surveillance — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — L'utilisation du dispositif viole-t-elle la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives reconnue à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve ainsi obtenue est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte?*

^g L'appelant a été accusé d'avoir commis un méfait à l'égard d'un bien. Le ministère public a tenté d'introduire la preuve de ses allées et venues, obtenue grâce à un dispositif de surveillance électronique (une «balise»)

had appellant under surveillance for some time since they suspected him of involvement in a recent murder believed to be linked to a series of similar killings. On July 14, 1987, they had obtained a warrant to search his home and vehicle, but had found nothing to link him to any of the homicides. The police had towed the car to the police station to carry out the search. While it was there, but after the warrant had expired, they installed the beeper. On August 15, the day of the alleged offence, the police had been able to trace the location of appellant's car using the beeper and established surveillance on a vehicle resembling his parked in a driveway. About two hours later, the police heard a loud crashing sound, caused by the felling of a communications tower. Soon after, they observed another vehicle, which was in fact appellant's, pull out of a laneway in a nearby field. On August 26 the police obtained a warrant to search appellant's vehicle. When the car was vacuumed, melted pieces of metal, consistent with the metal guy wires of the communications tower, were found. The constant electronic surveillance was maintained until mid-November, when appellant was arrested on the mischief charge. The trial judge excluded all evidence obtained through the use of the beeper, on the ground that it had been obtained in violation of appellant's right to be secure against unreasonable search and seizure under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He acquitted appellant. The Court of Appeal set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held (La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory and Stevenson JJ.: The installation of the beeper inside the appellant's vehicle constituted an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*. Since the subsequent monitoring of the vehicle invaded a reasonable expectation of privacy, it also constituted a search, and, in the absence of prior authorization, violated s. 8. The search was only minimally intrusive, however. The expectation of privacy in a motor vehicle is much less than in one's home or office. As well, the device used was unsophisticated and inaccurate. It was a very rudimentary extension of physical surveillance, and was attached to the appellant's vehicle, not to the appellant. The police also had a bona fide belief that they were protecting the public

dissimulé dans sa voiture. Depuis un certain temps, l'appelant faisait l'objet de surveillance par la police qui le soupçonnait d'être impliqué dans une récente affaire de meurtre qu'elle croyait reliée à une série de meurtres similaires. Le 14 juillet 1987, la police a obtenu un mandat l'autorisant à perquisitionner au domicile de l'appelant et à fouiller son véhicule, mais elle n'a découvert aucun indice permettant de le relier à l'un des homicides. Elle avait fait remorquer l'automobile de l'appelant au poste afin de procéder à la fouille. Pendant qu'elle s'y trouvait encore, mais après l'expiration du mandat, les policiers ont installé la balise. Le 15 août, date de l'infraction reprochée, les policiers ont pu retracer l'automobile de l'appelant grâce à la balise et ils ont placé sous surveillance un véhicule stationné dans une entrée de cour, qui ressemblait à celui de l'appelant. Environ deux heures plus tard, les policiers ont entendu un grand bruit causé par l'effondrement d'une tour de télécommunications. Peu de temps après, les policiers ont vu un autre véhicule, appartenant effectivement à l'appelant, sortir d'un chemin situé dans un champ voisin. Le 26 août, la police a obtenu un mandat l'autorisant à fouiller le véhicule de l'appelant. En y passant l'aspirateur, on a découvert des fragments de métal fondus semblant provenir des haubans de la tour de télécommunications. La surveillance électronique s'est poursuivie constamment jusqu'à la mi-novembre, date à laquelle l'accusé a été arrêté pour méfait. Le juge du procès a écarté tous les éléments de preuve obtenus grâce à la balise pour le motif qu'ils avaient été obtenus en violation du droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives reconnu à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a acquitté l'appelant. La Cour d'appel a annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory et Stevenson: L'installation de la balise à l'intérieur du véhicule de l'appelant constitue une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Comme la surveillance subséquente du véhicule déjouait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle constitue également une fouille et, en l'absence d'autorisation préalable, elle est contraire à l'art. 8. Cependant, la fouille constitue une intrusion simplement minimale. L'attente en matière de respect de la vie privée dans un véhicule à moteur est beaucoup moindre que celle qui existe à l'intérieur de la résidence ou du bureau. De même, le dispositif était rudimentaire et imprécis. Il constituait un prolongement très rudimentaire de la surveillance visuelle

when the device was installed, in view of the series of homicides in the rural area in which the appellant lived.

The admission of the evidence in this case would not bring the administration of justice into disrepute. The evidence as to the location of the car would not affect the fairness of the trial. This evidence was real, not conscriptive. There was no police compulsion or enticement which required appellant to enter or drive his car. The beeper merely helped the police to gather evidence which, to a great extent, they had obtained by visually observing the vehicle. The police also acted in good faith in this case. They had reasonable and probable grounds for searching appellant's vehicle when they installed the beeper. While the prolonged electronic monitoring after the metal filings were discovered is difficult to justify, the police obtained the evidence as to the location of the vehicle within a 30-day period, and this was not an unreasonable length of time to maintain surveillance, particularly in light of their obligation to protect the community from the suspected serial killer. There was clearly a pervasive threat of violence and a sense of urgency here. Moreover, the offence in this case is a serious one. The evidence pertaining to the metal pieces should also be admitted, for the same reasons.

Per Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting): The installation of the tracking device in appellant's automobile constituted an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*. It is not necessary to consider whether the surveillance itself would violate s. 8. The admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The police knowingly committed an illegal trespass. While they suspected appellant of a serious offence, mere suspicion cannot be used to redeem *Charter* violations. There is no appreciable distinction between this case and *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3.

Per La Forest J. (dissenting): The installation of the tracking device in appellant's car constituted an unlawful trespass and violates his privacy rights under s. 8 of the *Charter*. The use of the device to monitor his movements also violated s. 8. An individual has a reasonable expectation of privacy not only in the communications

et était fixé au véhicule de l'appelant et non à l'appelant lui-même. La police a également cru de bonne foi qu'en installant le dispositif, elle protégeait le public, compte tenu de la série d'homicides qui avaient été commis dans le secteur rural où vivait l'appelant.

L'utilisation de la preuve en l'espèce n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La preuve portant sur l'emplacement de l'automobile ne compromettrait pas l'équité du procès. Il s'agit d'une preuve matérielle et non d'une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. La police n'a exercé aucune contrainte ni eu recours à aucun subterfuge pour forcer l'appelant à monter dans son automobile et la conduire. La balise a simplement aidé la police à recueillir une preuve qu'elle avait obtenue, en grande partie, en observant le véhicule. La police a également agi de bonne foi dans cette affaire. Elle avait des motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule de l'appelant lorsqu'elle a installé la balise. Bien que la poursuite de la surveillance électronique après la découverte des fragments de métal soit difficilement justifiable, la police a obtenu les éléments de preuve quant à l'emplacement du véhicule à l'intérieur d'un délai de 30 jours qui ne constituait pas un délai abusif pour poursuivre la surveillance, compte tenu particulièrement de son obligation de protéger la communauté contre celui qu'on soupçonnait être l'auteur d'une série de meurtres. Une menace de violence et un sentiment d'urgence persistaient manifestement en l'espèce. De plus, l'infraction reprochée ici est grave. La preuve relative aux fragments de métal devrait être admise pour les mêmes raisons.

Les juges Sopinka et Iacobucci (dissidents): L'installation du dispositif de surveillance dans l'automobile de l'appelant constitue une fouille abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire de se demander si la surveillance elle-même violerait l'art. 8. L'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les policiers ont sciemment commis une intrusion illégale. Même s'ils soupçonnaient l'appelant d'avoir commis une infraction plus grave, le simple soupçon ne saurait servir à racheter des violations de la *Charte*. Il n'y a aucune différence appréciable entre la présente affaire et l'affaire *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3.

Le juge La Forest (dissident): L'installation du dispositif de surveillance dans la voiture de l'appelant constitue une intrusion illégale et viole les droits à la vie privée que lui confère l'art. 8 de la *Charte*. L'utilisation du dispositif pour surveiller ses déplacements viole également l'art. 8. Chacun s'attend raisonnablement au res-

he makes, but in his movements as well, even when travelling on a public road. This is not a case where the police are monitoring the roads for the purpose of regulating or observing what goes on there. It is a case of tracking the movements of an individual. There is an important difference between courting the risk that our activities may be observed by other persons and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will track our every move. It is constitutionally unacceptable that the state should be allowed to rest a justification for the unauthorized electronic surveillance of a given person on the mere fact that that person had been in a situation where he could be the object of scrutiny on the part of private individuals. Whether a person whose movements were surreptitiously tracked had a reasonable expectation of privacy in given circumstances must not be made to depend on the degree to which that person took measures to shield his or her activities from the scrutiny of other persons.

The grave threat to individual privacy posed by surreptitious electronic tracking of one's movement is such as to require prior judicial authorization. The issuance of a search warrant will ordinarily call for an objective showing of reasonable and probable cause, and this should generally be required of those seeking to employ electronic tracking devices in the pursuit of an individual. Since this means of surveillance, if properly controlled, is somewhat less intrusive than electronic audio or video surveillance, it may be possible to establish that judicial officers should be empowered in certain circumstances to accept a somewhat lower standard, such as a "solid ground" for suspicion, if it can be established that such a power is necessary for the control of certain types of dangerous or pernicious crimes.

The evidence obtained through the use of the tracking device should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. Such evidence would not have existed without the device because visual contact had been lost. Since the violation in this case was intrusive and long-lasting, it was serious. The electronic surveillance continued day and night over many months. The violation was not mitigated by good faith on the part of the police. The police certainly knew they needed a warrant to search the car, and that the warrant they had obtained did not permit what they did, and in fact had expired. The police did not have reasonable and probable cause, but were acting on mere suspicion. The long-term consequences of

pect de sa vie privée, non seulement dans ses communications, mais aussi dans ses déplacements, et ce, même lorsqu'il circule sur la voie publique. Il ne s'agit pas ici d'un cas où des policiers surveillent des routes à des fins de réglementation ou d'observation. Il s'agit ici de suivre les déplacements d'une personne. Il existe une différence importante entre prendre le risque que nos activités soient observées par d'autres personnes et le risque que des agents de l'État, sans autorisation préalable, surveillent nos moindres déplacements. Il est constitutionnellement inadmissible de permettre à l'État de justifier la surveillance électronique non autorisée d'une personne donnée en invoquant simplement le fait que cette personne se trouvait dans une situation où elle pouvait être observée par d'autres citoyens. La réponse à la question de savoir si la personne dont les déplacements ont été surveillés clandestinement avait, dans des circonstances données, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée ne doit pas dépendre de la mesure dans laquelle cette personne a pris des mesures pour soustraire ses activités à la vue d'autrui.

La surveillance électronique clandestine des déplacements d'une personne fait peser sur sa vie privée une menace d'une telle gravité qu'elle exige une autorisation judiciaire préalable. Un mandat de perquisition ne sera ordinairement décerné qu'à la condition qu'on démontre objectivement l'existence d'un motif raisonnable et probable de le décerner et, de façon générale, cela devrait être exigé de ceux qui cherchent à utiliser des dispositifs de surveillance électronique à des fins de filature. Étant donné que, dans la mesure où il est soumis à un contrôle approprié, ce moyen de surveillance est moins envahissant que la surveillance électronique audio ou magnétoscopique, il peut être possible d'établir qu'il y aurait lieu, dans certaines circonstances, d'habiliter les officiers de justice à accepter une norme moins rigoureuse, tel le «motif solide» de soupçonner, si l'on peut établir par ailleurs que ce pouvoir est nécessaire pour enrayer certains types de crimes dangereux ou pernicious.

Les éléments de preuve obtenus au moyen du dispositif de surveillance devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ces éléments de preuve n'auraient pas existé n'eût été le dispositif, puisqu'on avait perdu de vue l'accusé. Puisque la violation en l'espèce a été envahissante et s'est déroulée sur une longue période, elle est grave. La surveillance électronique s'est poursuivie jour et nuit pendant de nombreux mois. La violation n'est pas atténuée par la bonne foi des policiers. Les policiers savaient pertinemment qu'ils devaient posséder un mandat pour fouiller la voiture, que celui qu'ils avaient obtenu ne leur permettait pas d'agir comme ils l'ont fait, et même qu'il était expiré.

admitting evidence obtained in such circumstances on the integrity of our justice system outweigh the harm done by this accused being acquitted.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983); *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Kokesch, [1990] 3 S.C.R. 3.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974); *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983); *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3; *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 10(b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 387(3).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 430(4).
 United States Constitution, Fourth Amendment.

Les policiers n'avaient aucun motif raisonnable et probable d'agir; ils ont agi sur la foi d'un simple soupçon. Les conséquences à long terme de l'utilisation d'éléments de preuve obtenus en pareilles circonstances sur l'intégrité de notre système de justice l'emportent sur le tort que pourrait causer l'acquiescement de l'accusé en l'espèce.

Jurisprudence

^b Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983); *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

^e Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Kokesch, [1990] 3 R.C.S. 3.

^f Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *Cardwell c. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974); *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983); *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3; *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417.

ⁱ **Lois et règlements cités**

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 10(b), 24(2).
^j *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 387(3).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 430(4).
 Constitution des États-Unis, Quatrième amendement.

Authors Cited

Guterman, Malvin. "A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance" (1988), *a* 39 *Syracuse L. Rev.* 647.
 Hentoff, Nat. "Profiles: The Constitutionalist", *The New Yorker*, March 12, 1990, p. 45.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 40 O.A.C. 103, 49 C.R.R. 163, allowing the Crown's appeal of appellant's acquittal by Smith Dist. Ct. J. on a charge of mischief to property. Appeal dismissed, La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

J. Bruce Carr-Harris and Carole J. Brown, for the appellant.

Susan Chapman, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory and Stevenson JJ. was delivered by

CORY J.—I have read with great interest the compelling reasons of my colleague Justice La Forest but, with respect, I must differ from the conclusions that he has reached.

Issues

The Crown respondent conceded that the installation of the beeper was an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accepting this concession, the main issue is whether the evidence obtained as a result of the unreasonable search should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. However, the evidence in question stems not only from the installation of the beeper but also from the monitoring by the beeper. Prior to the s. 24(2) analysis, the following preliminary issue arises:

Doctrine citée

Guterman, Malvin. «A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance» (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647.
 Hentoff, Nat. «Profiles: The Constitutionalist», *The New Yorker*, March 12, 1990, p. 45.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 40 O.A.C. 103, 49 C.R.R. 163, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'appelant par le juge Smith de la Cour de district relativement à une accusation de méfait à l'égard d'un bien. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

J. Bruce Carr-Harris et Carole J. Brown, pour l'appelant.

Susan Chapman, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory et Stevenson rendu par

LE JUGE CORY—J'ai lu avec beaucoup d'intérêt les motifs convaincants de mon collègue le juge La Forest, mais en toute déférence, je ne puis souscrire aux conclusions qu'il a tirées.

Les questions en litige

Le ministère public intimé a reconnu que l'installation d'une balise constituait une fouille abusive en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Compte tenu de cette reconnaissance, la question principale est de savoir si la preuve obtenue grâce à la fouille abusive devrait être écartée en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Toutefois, la preuve en question résulte non seulement de l'installation de la balise, mais encore de la surveillance exercée à l'aide de celle-ci. Avant de procéder à l'analyse fondée sur le par. 24(2), il faut répondre à la question préliminaire suivante:

Did the use of the beeper constitute an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*?

L'utilisation de la balise constitue-t-elle une fouille abusive en violation de l'art. 8 de la *Charte*?

Analysis

1. *Did the Beeper Monitoring of the Vehicle Constitute an Unreasonable Search for the Purposes of s. 8?*

a L'analyse

1. *La surveillance du véhicule exercée au moyen d'une balise constitue-t-elle une fouille abusive pour les fins de l'art. 8?*

(a) Introduction

It is clear that s. 8 of the *Charter* guarantees a broad and general right to be secure from unreasonable search where the person who is the object of the search has a reasonable expectation of privacy. In determining whether the beeper monitoring constitutes a search, the initial question is whether there is a reasonable expectation of privacy in respect of the monitored activity. If the police activity invades a reasonable expectation of privacy, then the activity is a search.

b

a) Introduction

De toute évidence, l'art. 8 de la *Charte* garantit le droit général à la protection contre les fouilles ou perquisitions abusives dans les cas où la personne qui en fait l'objet s'attend raisonnablement à ce que sa vie privée soit respectée. Afin d'établir si la surveillance exercée au moyen d'une balise constitue une fouille, il faut d'abord se demander s'il existe une attente raisonnable à ce que la vie privée soit respectée dans le contexte de l'activité surveillée. Si l'activité de la police a pour effet de déjouer une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, elle constitue alors une fouille.

(b) The Lesser Expectation of Privacy in a Motor Vehicle

The expectation of privacy in a vehicle cannot be as great as that contended by my colleague. For the safety and well-being of society, motor vehicles and their drivers are subject to a great many statutory requirements, conditions and regulations. Almost every aspect of the use of a motor vehicle is controlled. The side of the road on which a car may be driven; the speed at which it may proceed; when it may overtake and where it may overtake another vehicle; where and when it must stop; the mechanical condition of the vehicle; the installation of certain accessories, be they required or prohibited; the places where a vehicle may park: all these and many more are circumscribed by various Acts and regulations.

b) L'attente moindre en matière de respect de la vie privée à l'intérieur d'un véhicule à moteur

L'attente en matière de respect de la vie privée à l'intérieur d'un véhicule ne peut avoir l'importance que lui prête mon collègue. Au nom de la sécurité et du bien-être de la société, les véhicules à moteur et leurs conducteurs sont assujettis à de nombreux règlements, conditions et exigences légales. L'utilisation d'un véhicule à moteur est réglementée dans presque tous ses aspects. Ainsi, diverses lois et divers règlements viennent prescrire notamment le côté de la route sur lequel on peut conduire une automobile, la vitesse à laquelle on peut rouler, les endroits où on peut doubler un véhicule, les arrêts obligatoires, la bonne condition mécanique du véhicule, les endroits où il est possible de stationner son véhicule et ils viennent également prescrire ou interdire l'installation de certains accessoires.

For the safety of all, it is essential that drivers be tested before receiving their licence; that RIDE

Afin que tous soient en sécurité, il est essentiel que les conducteurs réussissent un examen avant

programs be instituted to discourage the drinking driver; that the speed of vehicles be supervised and that the mechanical fitness of vehicles be inspected. These inspections and tests and this supervision do not constitute unreasonable breaches of basic civil liberties. Rather, they are common sense rules that exist for the protection of society as a whole. Reasonable surveillance and supervision of vehicles and their drivers are essential. Without them, motor vehicles inevitably become instruments of crippling injury, death and destruction.

Society then requires and expects protection from drunken drivers, speeding drivers and dangerous drivers. A reasonable level of surveillance of each and every motor vehicle is readily accepted, indeed demanded, by society to obtain this protection. All this is set out to emphasize that, although there remains an expectation of privacy in automobile travel, it is markedly decreased relative to the expectation of privacy in one's home or office.

(c) The Nature of the Device Utilized in this Case and its Minimal Intrusion

It must be remembered that the tracking device used in this case was unsophisticated and indeed simplistic. It did not provide a visual record of the movement or position of the vehicle. Nor was it able to pick up and record conversations in the vehicle. Rather, it was capable of giving only a very rough idea of the vehicle's location. Certainly, it could not be said that the device was capable of tracking the location of a vehicle at all times.

The device consisted of a low power radio transmitter. From the strength of the signal, it was possible to determine the general location of the object to which the beeper had been fixed. By moving in the direction of the transmitter and adjusting the "RF gain control", the location could

de recevoir leur permis de conduire, que des programmes de promotion de la sobriété au volant (appelés RIDE) soient mis sur pied afin de décourager la conduite en état d'ébriété et que la vitesse et la condition mécanique des véhicules soient contrôlées. Ces différentes mesures ne portent pas atteinte de façon abusive aux libertés civiles fondamentales. En fait, ce sont plutôt des règles de bon sens qui visent à protéger la société en général. La surveillance et le contrôle raisonnables des véhicules et de leurs conducteurs sont essentiels. En l'absence de ces mesures, les véhicules deviennent inévitablement des instruments de mutilation, de mort et de destruction.

La société exige et espère, donc, une certaine protection contre les conducteurs ivres ou dangereux ou encore contre ceux qui commettent des excès de vitesse. Afin d'obtenir cette protection, la société est disposée à accepter et même à exiger un niveau raisonnable de surveillance de chaque véhicule à moteur. Ces facteurs permettent de souligner que, bien qu'il subsiste une certaine attente en matière de respect de la vie privée lorsqu'on circule en automobile, cette attente est manifestement moindre que celle qui existe à l'intérieur de la résidence ou du bureau.

c) La nature du dispositif utilisé en l'espèce et son intrusion minimale

Il faut se rappeler la nature rudimentaire et même simpliste du dispositif de surveillance utilisé en l'espèce. Il ne permettait pas d'obtenir une image des déplacements ou de la position du véhicule. Il ne permettait pas non plus de capter ou d'enregistrer les conversations à l'intérieur du véhicule. En fait, ce dispositif ne permettait que d'établir approximativement l'emplacement du véhicule. De toute évidence, on ne pouvait pas dire qu'il permettait de situer un véhicule en tout temps.

Le dispositif consistait en un émetteur radio de faible puissance. Selon la force du signal, il était possible de déterminer approximativement l'emplacement de l'objet sur lequel avait été apposée la balise. Les déplacements dans la direction de l'émetteur et le réglage de la commande d'amplifi-

be more precisely determined. The device used in this case was not capable of indicating if the object being tracked was to the right, left, front or back of the receiver of the signal.

The evidence in this case was that the device was used intermittently as a back-up for visual surveillance of the appellant's car beginning on July 17, 1987, particularly to attempt to locate the vehicle when visual surveillance failed. Since the device was not capable of pinpointing the vehicle with any degree of precision, physical surveillance was always required to fix its proximate position.

Indeed, on the night the tower was destroyed, the device was not capable of successfully tracking the appellant's vehicle. That night, the police lost visual contact with the appellant's vehicle and attempted to trace its location using the beeper. With the "help" of the beeper, the police established surveillance on a car resembling the appellant's. While they were busy observing this vehicle that was not, in fact, the appellant's, they heard the crashing of the Bell tower and then visually observed the appellant's actual vehicle leave a nearby field. This incident illustrates the unsophisticated and inaccurate nature of the beeper.

It has been seen that there is a reduced expectation of privacy by those using a motor vehicle. In addition, the intrusion on any remaining expectation of privacy as a result of the device used in this case is minimal. This particular beeper was a very rudimentary extension of physical surveillance. It must be remembered as well that the device was attached to the appellant's vehicle, not to the appellant. How very different a device such as this is, in its operation and in its effect on the individual, from a hidden video camera or an electronic monitor that surreptitiously intercepts private communications.

Before considering what the position with regard to vehicle tracking devices should be in Canada, it may be of interest to see what approach the Supreme Court of the United States has taken.

cation HF permettaient d'établir avec plus de précision l'emplacement du véhicule. Mais le dispositif ne pouvait indiquer si l'objet repéré était à droite, à gauche, en avant ou en arrière du récepteur du signal.

En l'espèce, la preuve a démontré que le dispositif était utilisé de façon intermittente pour appuyer la surveillance visuelle de l'automobile de l'appellant entreprise le 17 juillet 1987, et particulièrement pour tenter de situer le véhicule dans le cas où on le perdrait de vue. Puisque le dispositif ne permettait pas de situer le véhicule avec précision, il fallait le surveiller en tout temps afin de connaître son emplacement approximatif.

D'ailleurs, la nuit au cours de laquelle la tour a été détruite, le dispositif n'arrivait pas à repérer le véhicule de l'appellant. Cette même nuit, la police a perdu de vue le véhicule de l'appellant et a tenté, en utilisant la balise, de le retrouver. À l'«aide» de la balise, la police a surveillé une automobile ressemblant à celle de l'appellant. Alors qu'ils étaient occupés à observer ce véhicule qui, en fait, n'était pas celui de l'appellant, les policiers ont entendu s'écrouler de la tour de Bell Canada et ils ont alors vu le véhicule même de l'appellant quitter un champ avoisinant. Cet incident illustre la nature rudimentaire et imprécise de la balise.

On a mentionné précédemment que l'attente des automobilistes en matière de respect de la vie privée est moindre. En outre, le non-respect de l'attente qui subsiste à cet égard par suite de l'utilisation du dispositif en question est minime. La balise en cause ici était un prolongement très rudimentaire de la surveillance visuelle. Il faut également se rappeler qu'elle était fixée au véhicule de l'appellant et non à l'appellant lui-même. Un tel dispositif est très différent, tant dans son fonctionnement que dans son incidence sur la personne, de la caméra vidéo cachée ou du dispositif de surveillance électronique qui intercepte clandestinement les communications privées.

Avant d'étudier quelle devrait être au Canada la position à l'égard des dispositifs de surveillance des véhicules, il peut être intéressant d'examiner le point de vue adopté par la Cour suprême des États-

This should not be considered an indication that American decisions should be slavishly followed. Rather, they should be considered for the sake of their learning and to see if they might be helpful to our consideration.

(d) The American Approach

In the United States, it has been held that beeper monitoring of a vehicle on a public roadway is neither a "search" nor a "seizure" for the purposes of the Fourth Amendment because it does not violate any legitimate expectation of privacy. In *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983), the Supreme Court held (at pp. 281-82):

A person traveling in an automobile on public thoroughfares has no reasonable expectation of privacy in his movements from one place to another. When [the courier] traveled over the public streets he voluntarily conveyed to anyone who wanted to look the fact that he was traveling over particular roads in a particular direction, the fact of whatever stops he made, and the fact of his final destination when he exited from public roads onto private property.

Visual surveillance from public places along [the courier's] route or adjoining [the accused's] premises would have sufficed to reveal all of these facts to the police. The fact that the officers in this case relied not only on visual surveillance, but also on the use of the beeper to signal the presence of [the courier's] automobile to the police receiver, does not alter the situation.

It is true there has been some criticism of this decision: first, on the ground that it assumes an equivalence between visual surveillance and scientific enhancement of surveillance; and second, that it fails to recognize the existence of the privacy interest in automobile travel. Nonetheless, the decision is a strong indication that there must be, at the very least, a markedly lesser expectation of privacy by the users of motor vehicles.

Unis. On devrait se garder d'y voir une indication qu'il faut suivre aveuglément la jurisprudence américaine. Celle-ci doit plutôt être examinée pour l'enseignement qu'elle fournit et pour l'aide qu'elle est susceptible d'apporter dans le cadre de notre étude.

d) Le point de vue américain

Aux États-Unis, on a statué que la surveillance d'un véhicule sur une voie publique au moyen d'une balise n'était pas une «fouille» ou une «saisie» aux fins du Quatrième amendement, puisqu'elle ne déjoue aucune attente légitime en matière de respect de la vie privée. Dans l'arrêt *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983), la Cour suprême a statué (aux pp. 281 et 282):

[TRADUCTION] La personne qui circule en automobile sur la voie publique n'a aucune attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée au cours de ses déplacements d'un endroit à l'autre. Lorsque [le messager] a emprunté la voie publique, il a volontairement fait comprendre à quiconque se donnait la peine de regarder qu'il circulait sur une route particulière dans une direction particulière, qu'il faisait des arrêts, et il indiquait sa destination finale lorsqu'il laissait la voie publique pour pénétrer dans une propriété privée.

La surveillance visuelle exercée à partir d'endroits publics le long de la route [du messager] ou près des locaux [de l'accusé] aurait suffi à révéler tous ces éléments à la police. En l'espèce, le fait que les officiers aient à la fois exercé une surveillance visuelle et utilisé une balise pour signaler la présence de l'automobile [du messager] au récepteur de la police ne change rien à la situation.

Cette décision, il est vrai, a été critiquée jusqu'à un certain point, en premier lieu, parce qu'elle suppose l'existence d'une équivalence entre la surveillance visuelle et l'amélioration scientifique de la surveillance et, en deuxième lieu, parce qu'elle ne reconnaît pas l'existence du droit au respect de la vie privée lorsqu'on se déplace en automobile. Néanmoins, la décision démontre clairement que les automobilistes doivent, tout au moins, avoir une attente manifestement moindre quant au respect de leur vie privée.

(e) The Protection of the Public

The factual background to this case is of importance. It establishes that the police had a bona fide belief that they were protecting the public when the beeper was installed. There had been a series of homicides in the rural area in which the appellant lived. He was a suspect in these events. The homicides were as follows:

- 1) Sept. 24, 1975 — Lillian Rouson died in a farmhouse fire near Morrisburg,
- 2) Jan. 8, 1981 — Kenneth Murphy died in a farmhouse fire in Finch Township,
- 3) Nov. 18, 1983 — Archie Collision died in a fire in his log cabin near Kempenfeldt,
- 4) Nov. 25, 1983 — Harold Davidson was shot to death in his farmhouse kitchen near Brinston,
- 5) May 16 or 17, 1987 — Keith Johnston was killed by a shot from a high powered rifle in a farmhouse near Monkland,
- 6) July 14, 1987 — John King was apparently shot to death before his home was set on fire in Moorewood.

It can be seen that the four most recent murders took place over a four-year period, the last two occurring within two months of each other. In addition to the homicides, the police had received a tape of an anonymous telephone call threatening more killings. They believed that the call came from the appellant. The appellant was the prime suspect in the killings of Keith Johnston and John King.

The police were able to satisfy a justice of the peace that there were reasonable and probable grounds to obtain a warrant to search the appellant's home, the outbuildings surrounding his home and his vehicle. Between 5:30 p.m. on July 14 and 7:30 a.m. on July 15, 1987, the warrant relating to the murder investigation was executed. The appellant's vehicle was towed to the

e) La protection du public

En l'espèce, les faits sont importants. Ils montrent que la police a cru de bonne foi qu'en installant la balise, elle protégeait le public. Une série d'homicides avaient été commis dans le secteur rural où vivait l'appellant, et ce dernier était un suspect. Voici une liste des homicides en question:

- 1) 24 sept. 1975 — Lillian Rouson est décédée lors de l'incendie d'une ferme près de Morrisburg,
- 2) 8 janv. 1981 — Kenneth Murphy est décédé lors de l'incendie d'une ferme dans le canton de Finch,
- 3) 18 nov. 1983 — Archie Collision est décédé lors de l'incendie de sa cabane en bois rond située près de Kempenfeldt,
- 4) 25 nov. 1983 — Harold Davidson a été tué d'un coup de feu dans la cuisine de sa maison de ferme près de Brinston,
- 5) 16 ou 17 mai 1987 — Keith Johnston a été tué d'un coup de feu provenant d'un fusil de gros calibre dans une ferme près de Monkland,
- 6) 14 juillet 1987 — John King a apparemment été tué d'un coup de feu avant que sa maison ne soit incendiée à Moorewood.

On remarque que les quatre plus récents meurtres ont été commis au cours d'une période de quatre ans, et les deux derniers dans un intervalle de deux mois. Outre les homicides commis, la police avait reçu l'enregistrement d'un appel anonyme au cours duquel on avait menacé de commettre d'autres meurtres. Elle croyait que l'appellant était l'auteur de cet appel. Ce dernier était le principal suspect dans le cas des meurtres de Keith Johnston et de John King.

La police a pu convaincre un juge de paix de l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant l'obtention d'un mandat l'autorisant à perquisitionner la résidence de l'appellant et ses dépendances et à fouiller son automobile. Le mandat décerné relativement à l'enquête sur le meurtre a été exécuté entre 17 h 30, le 14 juillet, et 7 h 30, le 15 juillet 1987. Le véhicule de l'appellant a été

Winchester Provincial Police Detachment, so that it could be examined by the identification unit. The vehicle remained at this detachment until July 16. During this time, arrangements were made to have the tracking device installed in the back seat. In light of this background, the police had every reason to believe that in installing the device they were not only investigating two murder cases, but also were acting to protect the residents of this rural community.

(f) The Nature of the Search in this Case

In this case, it has been fairly conceded that the installation of the beeper in the interior of the motor vehicle constituted a search which breached the provisions of s. 8 of the *Charter*. Since the beeper monitoring of the appellant's vehicle invaded a reasonable expectation of privacy, this police activity also constituted a search. Absent prior authorization, such a search will be prima facie unreasonable and therefore in violation of s. 8. As there was no prior authorization for the installation and use of the beeper device, the monitoring violated the appellant's s. 8 right to be free from unreasonable search. At the same time, however, the lessened privacy interest combined with the use of an unsophisticated device establish that the search was only minimally intrusive. This minimal intrusion and the urgent need to protect the community provide the context in which the s. 24(2) analysis should be made.

Furthermore, it seems artificial to distinguish between the installation of the beeper and the subsequent monitoring. The monitoring is the extension of the installation. It is the aim and object of the installation and cannot be divided from the latter. The installation of the device and its subsequent use to monitor the vehicle, together, constituted the unreasonable search. It is therefore necessary, in the context of the unreasonable search as a whole, to determine whether the evidence obtained should nonetheless be admitted.

remorqué jusqu'au poste de la Police provinciale de Winchester où l'unité d'identification a pu l'examiner. Le véhicule est demeuré à cet endroit jusqu'au 16 juillet. Au cours de cette période, on s'est arrangé pour installer le dispositif de surveillance dans le siège arrière. Dans ce contexte, la police avait tous les motifs de croire qu'en installant ce dispositif, elle ne se contentait pas d'enquêter sur les deux meurtres, mais elle agissait aussi pour protéger les résidents de cette communauté rurale.

f) La nature de la fouille en l'espèce

On a reconnu ici à juste titre que l'installation de la balise à l'intérieur du véhicule constituait une fouille contrevenant aux dispositions de l'art. 8 de la *Charte*. Comme la surveillance du véhicule de l'appellant exercée au moyen d'une balise déjouait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, cette activité de la police constituait également une fouille. Sans autorisation préalable, une telle fouille est à première vue abusive et, par conséquent, contraire à l'art. 8. Puisque l'installation et l'utilisation de la balise n'avaient fait l'objet d'aucune autorisation préalable, la surveillance violait le droit de l'appellant, prévu à l'art. 8, à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. En même temps, toutefois, le droit moindre au respect de la vie privée, conjugué à l'utilisation d'un dispositif rudimentaire, fait de la fouille une intrusion simplement minimale. Cette intrusion minimale et le besoin urgent de protéger la communauté fournissent le contexte dans lequel l'analyse fondée sur le par. 24(2) doit être faite.

Par ailleurs, toute distinction entre l'installation de la balise et la surveillance subséquente semble artificielle. La surveillance est le prolongement de l'installation. Elle est le but et l'objectif de l'installation et ne peut en être dissociée. C'est l'installation du dispositif, jointe à son utilisation subséquente pour surveiller le véhicule, qui constitue la fouille abusive. Il est par conséquent nécessaire, dans le contexte de l'ensemble de la fouille abusive, de déterminer si la preuve obtenue devrait néanmoins être utilisée.

2. *Should the Evidence be Admitted?*

Section 24(2) of the *Charter* reads as follows:

24. . . .

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

It must be remembered that this Court has a limited role in reviewing the decisions of provincial appellate courts in respect to s. 24(2) of the *Charter*. In *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, Lamer J. (as he then was), at p. 783, wrote:

I note that it is not the proper function of this Court, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of courts below in respect of s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion for that arrived at by the Court of Appeal. . . .

Thus, it is only if the Court of Appeal made an unreasonable finding or applied the wrong principles that it would be appropriate to undertake a review.

What then are the principles that should be considered? They are set out in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. There, Lamer J., as he then was, divided the factors that should be taken into account when considering the admissibility of evidence under s. 24(2) into three groups:

- (1) the effect of admission on the fairness of the trial process;
- (2) the seriousness of the violation; and
- (3) the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice.

It was emphasized that the object of s. 24(2) was not to remedy police misconduct, but rather to prevent the administration of justice being brought

2. *La preuve devrait-elle être utilisée?*

Voici le texte du par. 24(2) de la *Charte*:

24. . . .

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

Rappelons-nous que notre Cour joue un rôle limité dans la révision des décisions rendues par les cours d'appel provinciales à l'égard du par. 24(2) de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) écrit, à la p. 783:

Je souligne qu'en l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à notre Cour de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion à celle de la Cour d'appel . . .

Par conséquent, une révision ne conviendrait que si la Cour d'appel a tiré une conclusion déraisonnable ou a appliqué les mauvais principes.

De quels principes devons-nous alors tenir compte? Ces principes, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, les a énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il a divisé en trois groupes les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2):

- (1) l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès,
- (2) la gravité de la violation et
- (3) l'effet de l'exclusion sur la considération dont jouit l'administration de la justice.

On a souligné que le par. 24(2) visait non pas à remédier à l'inconduite de la police, mais plutôt à éviter que l'administration de la justice ne soit

into further disrepute through the admission of improperly obtained evidence. These factors will have to be applied to two aspects of the evidence, namely, the location of the appellant's car and the metal pieces found in the vehicle which were similar to the metal guy wires of the destroyed tower.

déconsidérée davantage par l'utilisation d'éléments de preuve obtenus irrégulièrement. Ces facteurs devront être appliqués à deux aspects de la preuve, soit l'emplacement de l'automobile de l'appelant et les fragments de métal trouvés dans son véhicule et semblant provenir des haubans de la tour détruite.

Evidence Obtained as to the Movement of the Car

La preuve obtenue à l'égard des déplacements de l'automobile

I. *Factors Affecting the Fairness of the Trial*

I. *Les facteurs qui portent atteinte à l'équité du procès*

The fairness of the trial process has been described as a critical factor. In determining fairness, the nature of the evidence obtained must be considered. The admission of real evidence obtained as a result of a *Charter* violation will rarely result in a finding of unfairness. However, the admission of evidence obtained by conscripting the accused against himself, such as a confession, will generally render the trial unfair. In *Collins, supra*, Lamer J. at pp. 284-85 wrote:

On a qualifié l'équité du procès de facteur décisif. Pour déterminer le caractère équitable, il faut examiner la nature de la preuve obtenue. On conclura rarement à l'iniquité lorsqu'une preuve matérielle obtenue par suite d'une violation de la *Charte* est utilisée. Par contre, l'utilisation d'une preuve qu'on obtient en mobilisant l'accusé contre lui-même, telle une confession, rendra généralement le procès inéquitable. Aux pages 284 et 285 de l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer écrit:

It is clear to me that the factors relevant to this determination will include the nature of the evidence obtained as a result of the violation and the nature of the right violated and not so much the manner in which the right was violated. Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone. The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination. Such evidence will generally arise in the context of an infringement of the right to counsel. Our decisions in *Therens, supra*, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, are illustrative of this. The use of self-incriminating evidence obtained following a denial of the right of counsel will generally go to the very fairness of the trial and should generally be excluded.

Selon moi, il est clair que les facteurs pertinents à l'égard de cette détermination comprennent la nature de la preuve obtenue par suite de la violation et la nature du droit violé, plutôt que la façon dont ce droit a été violé. Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice. La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même. Ce genre de preuve se trouvera généralement dans le contexte d'une violation du droit à l'assistance d'un avocat. C'est ce qu'illustrent nos arrêts *Therens*, précité, et *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383. L'utilisation d'une preuve auto-incriminante obtenue dans le contexte de la négation du droit à l'assistance d'un avocat compromettra généralement le caractère équitable du procès même et elle doit en général être écartée.

The Nature of the Evidence: Is it Real or Conscriptive?

How should the evidence as to the location of the appellant's vehicle be considered? Evidence has been found to be "real" when it referred to tangible items. For example narcotics were held to be real evidence in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, and in *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140. Weapons were held to be real evidence in *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138. In all of these cases, the real or tangible evidence was admitted even though it had been obtained as a result of an unreasonable search.

On the other hand, "conscriptive" evidence usually refers to evidence which emanates from the accused following a violation of s. 10(b) of the *Charter*. Samples of blood taken from the accused were found to be conscriptive evidence in *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945. Statements made by the accused were found to be conscriptive in *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233. The compulsory appearance in a police line-up was held to constitute conscriptive evidence in *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3. There at p. 16 it was said:

... the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

In this case, I agree with the Court of Appeal that the movements of the car constituted real evidence. There was no police compulsion or enticement which required the appellant to enter or drive his car. Rather he exercised his own free will. It was the accused who determined that he would drive his car, the routes he would follow and the manner in which he drove. The movement of an object may be transitory but it is real. The movement of a terrestrial body can be and often is plot-

La nature de la preuve: est-elle matérielle ou a-t-elle été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même?

Comment doit-on qualifier la preuve relative à l'emplacement du véhicule de l'appelant? On a conclu que la preuve était «matérielle» dans les cas où elle renvoie à des objets tangibles. Par exemple, dans les arrêts *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, et *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, on a statué que des stupéfiants constituaient une preuve matérielle. Dans l'arrêt *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, on a conclu que des armes constituaient une preuve matérielle. Dans tous ces cas, la preuve matérielle a été admise même si elle avait été obtenue suite à une fouille ou à une perquisition abusive.

Par contre, la preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même renvoie généralement à une preuve qui émane de l'accusé suite à une violation de l'al. 10b) de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, on a conclu que des échantillons de sang prélevés sur l'accusé constituaient une preuve obtenue en le mobilisant contre lui-même. Dans l'arrêt *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233, on a jugé que les déclarations faites par l'accusé constituaient une preuve obtenue en le mobilisant contre lui-même. On a jugé, dans l'arrêt *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, que la comparution obligatoire à une séance d'identification tenue par la police constituait une preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Dans cette affaire, on affirme, à la p. 16:

... l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

En l'espèce, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que les déplacements de l'automobile constituaient une preuve matérielle. La police n'a exercé aucune contrainte ni eu recours à aucun subterfuge pour forcer l'appelant à monter dans son automobile et la conduire. Au contraire, ce dernier a agi de plein gré. Il a lui-même décidé de conduire son automobile et il a également décidé de son itinéraire et de son comportement au volant. Le déplacement d'un objet peut être transitoire,

ted. That movement is transitory but real. The migratory route of the caribou herds is transitory but it is vital and real to those who depend upon that movement for food and clothing. So too is the movement of a motor vehicle real. This evidence could be considered conscriptive if the actions of the police forced or perhaps enticed the accused to utilize his vehicle and to follow prefixed routes in arriving at destinations selected by them.

It has been conceded that visual surveillance of motor vehicles by the police is permissible. Further, there is agreement that visual surveillance may properly be augmented by the use of binoculars. The use of this particular beeper, similarly, simply augments visual surveillance. The installation and use of the beeper did not affect in any way the movement of the car. It simply enhanced the ability of the police to observe its movements.

In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, La Forest J. found there was a clear distinction between evidence which an accused was forced to create, which should not be admissible, and existing evidence, which the accused had merely been forced to locate or identify, which should be admitted. He put forth his position at pp. 552-553:

I would first of all note that I do not believe that in drawing this distinction, Lamer J. intended to draw a hard and fast line between real evidence obtained in breach of the *Charter* and all other types of evidence that could be so obtained. . . . I think this clearly indicates that what Lamer J. had in mind was the much broader distinction between evidence which the accused has been forced to create, and evidence which he or she has been forced to merely locate or identify. . . .

A breach of the *Charter* that forces the eventual accused to create evidence necessarily has the effect of providing the Crown with evidence it would not otherwise have had. It follows that the strength of its case against the

mais il n'en est pas moins réel. Le déplacement d'un corps terrestre est prévisible et, souvent, il est prévu. Ce déplacement est transitoire mais réel. La route migratoire des troupeaux de caribous est transitoire, mais elle est vitale et réelle aux yeux de ceux qui en dépendent pour leur nourriture et leurs vêtements. Le déplacement d'un véhicule à moteur est également réel. On pourrait conclure que la preuve ici en cause a été obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même si la police l'avait forcé, ou peut-être entraîné par la ruse, à utiliser son véhicule et à suivre un trajet préétabli pour se rendre à des destinations qu'elle aurait choisies.

On a reconnu que la surveillance visuelle des véhicules à moteur exercée par la police était acceptable. De plus, on convient qu'il est permis de l'améliorer à l'aide de jumelles. De même, le recours à la balise en question ici ne fait qu'améliorer la surveillance visuelle. L'installation et l'utilisation de la balise n'ont aucunement affecté l'itinéraire de l'automobile. Elles ont simplement accru la capacité de la police d'observer ses déplacements.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest a conclu qu'il y avait une nette différence entre la preuve qu'un accusé a été forcé de créer, qui ne devrait pas être admissible, et la preuve existante, que l'accusé a simplement été forcé de situer ou d'identifier, qui, elle, devrait être admise. Il expose ainsi son point de vue, aux pp. 552 et 553:

Je soulignerais d'abord que je ne crois pas qu'en faisant cette distinction, le juge Lamer a voulu établir une ligne de démarcation stricte entre une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* et tous les autres types de preuve qui peuvent être obtenus ainsi. [. . .] Je crois que cela indique clairement que le juge Lamer avait à l'esprit la distinction beaucoup plus générale entre la preuve que l'accusé a été forcé de créer et celle qu'il a été forcé simplement à situer ou à identifier. . . .

Une violation de la *Charte* qui force l'accusé éventuel à créer une preuve a nécessairement pour effet de fournir à la poursuite une preuve qu'elle n'aurait pu obtenir autrement. Il s'ensuit que sa preuve contre l'accusé se

accused is necessarily enhanced as a result of the breach. This is the very kind of prejudice that the right against self-incrimination, as well as rights such as that to counsel, are intended to prevent. In contrast, where the effect of a breach of the *Charter* is merely to locate or identify already existing evidence, the case of the ultimate strength of the Crown's case is not necessarily strengthened in this way. The fact that the evidence already existed means that it could have been discovered anyway. Where this is the case, the accused is not forced to confront any evidence at trial that he would not have been forced to confront if his *Charter* rights had been respected. In such circumstances, it would be the exclusion rather than the admission of evidence that would bring the administration of justice into disrepute.

and at p. 555:

The one qualification that must be made to the above has to do with the difference between independently existing evidence that could have been found without compelled testimony, and independently existing evidence that would have been found without compelled testimony. As I have acknowledged at several points in these reasons, there will be situations where derivative evidence is so concealed or inaccessible as to be virtually undiscoverable without the assistance of the wrongdoer. For practical purposes, the subsequent use of such evidence would be indistinguishable from the subsequent use of the pre-trial compelled testimony. [Emphasis in original.]

There my colleague indicated that "created" evidence would affect the fairness of the trial and should not be admitted while "located" evidence would only affect the fairness of the trial if the evidence were virtually undiscoverable without the assistance of the accused.

In this case, the use of the beeper merely assisted the police to gather evidence which, to a great extent, they had obtained by visually observing the vehicle. It is difficult to determine from the transcript what evidence was obtained from the beeper and what was obtained from observation. In light of the unsophisticated nature of the beeper, it seems that the essential evidence was obtained by direct observation. In any event, evidence as to movement of the vehicle was certainly not "undiscoverable". It follows that the admission of the

trouve nécessairement renforcée par suite de la violation. C'est exactement le genre de préjudice que le droit de ne pas s'incriminer ainsi que les droits comme celui à l'assistance d'un avocat visent à prévenir. Par contre, lorsque la violation de la *Charte* a simplement pour effet de situer ou d'identifier une preuve déjà existante, la valeur ultime de la preuve de la poursuite n'est pas nécessairement renforcée de cette façon. Le fait que la preuve existait déjà signifie qu'elle aurait pu être découverte de toute façon. Dans ce cas, l'accusé n'est pas obligé, au procès, de faire face à une preuve à laquelle il n'aurait pas été obligé de faire face si ses droits garantis par la *Charte* avaient été respectés. Dans ces circonstances, c'est l'exclusion plutôt que l'utilisation de la preuve qui déconsidérerait l'administration de la justice.

et à la p. 555:

La seule réserve qui doit être apportée à l'analyse précédente a trait à la différence entre la preuve qui existe indépendamment et qui pourrait avoir été découverte sans le témoignage forcé et la preuve qui existe indépendamment et qui aurait été découverte sans le témoignage forcé. Comme je l'ai déjà reconnu à maintes reprises dans les présents motifs, il y aura des situations où la preuve dérivée sera tellement dissimulée ou inaccessible qu'elle ne pourra pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'auteur du méfait. À toutes fins pratiques, l'utilisation ultérieure de cette preuve ne pourrait se distinguer de l'utilisation ultérieure d'un témoignage préalable au procès obtenu par contrainte. [Souligné dans l'original.]

Dans cette affaire, mon collègue a mentionné que la preuve «créée» compromettrait l'équité du procès et devrait être écartée alors que la preuve «située» ne compromettrait l'équité du procès que si la preuve ne pouvait pratiquement pas être découverte sans l'aide de l'accusé.

En l'espèce, le recours à la balise a simplement aidé la police à recueillir une preuve qu'elle avait obtenue, en grande partie, en observant le véhicule. Il est difficile de dire, à partir de la transcription, quelle preuve a été obtenue à l'aide de la balise et qu'est-ce que cette observation du véhicule a permis de recueillir. Compte tenu de la nature rudimentaire de la balise, il semble que la preuve essentielle a été obtenue grâce à l'observation directe. Quoi qu'il en soit, la preuve portant sur le déplacement du véhicule n'était certainement pas

evidence as to the location of the car could not be said to affect the fairness of the trial.

II. *The Factors Affecting the Seriousness of the Violation*

In this case, I have concluded that the admission of the evidence would not affect the fairness of the trial. How then should the violation be assessed? Lamer J. in *Collins*, *supra*, at p. 285 quoted the following passage from Le Dain J.'s reasons in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 652:

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

Were the police actions in this case undertaken in bad faith or were they wilful and flagrant violations of *Charter* rights?

(a) Good Faith

Bad faith has been found in situations where there has been a blatant disregard for the *Charter* rights of an accused or where more than one *Charter* right has been violated (see *R. v. Greffe*, *supra*, and *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59). Good faith has been established in situations where the violation stemmed from police reliance upon a statute or from the following of a procedure which was later found to infringe the *Charter* (see *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495).

The Court of Appeal found that the police acted in good faith. I agree with that conclusion. The police had been successful in obtaining a warrant to search the appellant's home, outbuildings and car. It can therefore be assumed that they had reasonable and probable grounds for searching the vehicle of the appellant. These reasonable and

une preuve qui ne pouvait «pas être découverte». Il s'ensuit qu'on ne peut affirmer que l'utilisation de la preuve portant sur l'emplacement de l'automobile compromet l'équité du procès.

II. *Les facteurs qui se rapportent à la gravité de la violation*

En l'espèce, j'ai conclu que l'utilisation de la preuve ne compromettrait pas l'équité du procès. Comment alors la violation devrait-elle être évaluée? À la page 285 de l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer cite l'extrait suivant des motifs rédigés par le juge Le Dain dans l'affaire *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 652:

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

En l'espèce, la police a-t-elle agi de mauvaise foi ou s'agit-il de violations volontaires et flagrantes des droits garantis par la *Charte*?

a) La bonne foi

On a conclu à la mauvaise foi dans les cas où il y avait eu mépris flagrant des droits garantis par la *Charte* à un accusé ou lorsque plus d'un droit garanti par la *Charte* avait été violé (voir *R. c. Greffe*, précité, et *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59). On a conclu à la bonne foi dans les cas où la violation découlait du fait que la police s'était appuyée sur une loi ou avait suivi une procédure subséquemment jugée contraire à la *Charte* (voir *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495).

La Cour d'appel a statué que la police avait agi de bonne foi. Je partage cet avis. La police a réussi à obtenir un mandat l'autorisant à perquisitionner la résidence de l'appelant et ses dépendances et à fouiller son automobile. On peut, par conséquent, en déduire qu'elle avait des motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule de l'appelant. Ces

probable grounds do not disappear simply because the police were not able to find evidence within a short period of time.

The police did retain the car and install the beeper after the warrant had expired. The officer who installed the device testified that he did not realize the warrant had expired the day before the installation. Although this evidence indicates carelessness on the part of the police, it does not demonstrate bad faith. Of greater concern is the length of time of the surveillance assisted by the beeper. Although the communications tower was destroyed on August 15 and the metal fillings were discovered on August 27, the constant electronic surveillance was maintained until mid-November when the accused was arrested on the charge of mischief. There can be no doubt that the police had a responsibility to the community to carefully investigate the murders. Yet the prolonged electronic monitoring after August 27 is difficult to justify. Nonetheless, the police did obtain the evidence as to the location of the vehicle within a 30-day period from the beginning of the electronic monitoring, a time when the police had established grounds for the search. This was not, in the circumstances, an unreasonable length of time to maintain surveillance, particularly in light of the obligation of the police to protect the small community from the suspected serial killer.

(b) The Threat of Violence and Urgency

In the case at bar there clearly existed a pervasive threat of violence and a sense of urgency. The relatively small rural community in which the accused resided had experienced a series of unsolved homicides. The accused had been a suspect in these crimes and indeed a prime suspect in at least two of the homicides. Evidence existed which linked the appellant to the murders. There had been an anonymous phone call threatening more killings. The police suspected this call came

motifs raisonnables et probables ne disparaissent pas du simple fait que la police a été incapable de recueillir des éléments de preuve au cours d'un bref délai.

a La police a effectivement gardé l'automobile et y a installé une balise après l'expiration du mandat. Le policier qui a installé le dispositif a témoigné qu'il ne s'était pas rendu compte que le mandat avait expiré la veille de l'installation. Bien que ce témoignage démontre une certaine insouciance de la part de la police, il n'en ressort aucune mauvaise foi. Le temps consacré à la surveillance à l'aide de la balise est d'une plus grande importance. Bien que la tour de télécommunications ait été détruite le 15 août et que les fragments de métal aient été découverts le 27 août, la surveillance électronique s'est poursuivie constamment jusqu'à la mi-novembre, date à laquelle l'accusé a été arrêté pour méfait. Il n'y a aucun doute que la police avait, envers la communauté, la responsabilité d'enquêter soigneusement sur les meurtres. Le fait d'avoir poursuivi la surveillance électronique après le 27 août est tout de même difficilement justifiable. Néanmoins, la police a effectivement obtenu les éléments de preuve quant à l'emplacement du véhicule dans les 30 jours à partir du début de la surveillance électronique, à un moment où elle avait établi des motifs de procéder à la fouille. Il ne s'agissait pas, en l'occurrence, d'un délai abusif pour poursuivre la surveillance, compte tenu particulièrement de l'obligation de la police de protéger la petite communauté contre celui qu'on soupçonnait être l'auteur d'une série de meurtres.

b) La menace de violence et l'urgence de la situation

En l'espèce, une menace de violence et un sentiment d'urgence persistaient manifestement. La communauté rurale relativement petite dans laquelle résidait l'appelant avait connu une série d'homicides non résolus. On soupçonnait l'accusé d'avoir commis ces crimes et, d'ailleurs, il était le principal suspect dans au moins deux cas. Il existait des éléments de preuve le reliant aux meurtres. En outre, il y avait eu un appel anonyme au cours duquel on avait menacé de commettre d'autres

from the appellant. The accused had a significant criminal record including convictions for robbery, break and enter, theft and possession of offensive weapons. These factors must have motivated the police in undertaking and continuing the surveillance of the accused. It was the duty of the police to investigate the crimes and to protect the community.

In the circumstances, the police would have been remiss in their duties if they had not observed the movements of the appellant. It is easy to imagine the sense of outrage and the criticism that would flow from the community if there had not been police surveillance of the appellant.

The question then becomes: how was that surveillance to be accomplished? All agree that it was quite proper for the police to physically observe the appellant and his car at all hours of the day and night. It is further agreed that these physical observations could be enhanced by the use of binoculars. Yet, it is said that the installation of this rudimentary tracking device the day after the search warrant expired and the subsequent monitoring goes too far and prohibits the admission of the evidence pursuant to s. 24(2). This I find to be a somewhat anomalous position.

In my view the actions of the police in this case were not such that they could be termed "actions taken in bad faith". There was no physical violence, force, coercion or threat employed. The carelessness, with regard to the expiry date of the warrant and the lengthy continuation of the surveillance, do not, in the circumstances of this case, justify the exclusion of the evidence.

Nor do I think that this conclusion conflicts with principles laid down in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3. In that case, the police searched the yard surrounding the accused's home without a warrant and without the existence of any reasonable and probable grounds upon which they could have obtained a search warrant. There it was held that the narcotics found during the subsequent

meurtres. La police soupçonnait l'appellant d'être l'auteur de cet appel. Ce dernier possédait un lourd casier judiciaire faisant état notamment de déclarations de culpabilité pour vol qualifié, introduction par effraction, vol et possession d'armes offensives. Ces facteurs ont dû pousser la police à entreprendre et à poursuivre la surveillance de l'accusé. Elle avait le devoir d'enquêter sur les crimes commis et de protéger la communauté.

Dans ces circonstances, la police aurait manqué à son devoir si elle n'avait pas observé les déplacements de l'appellant. On peut facilement imaginer l'indignation et le mécontentement qui auraient gagné la communauté si la police n'avait pas surveillé l'appellant.

La question qui se pose alors est la suivante: comment cette surveillance devait-elle être exercée? Tous conviennent que c'est tout à fait à bon droit que la police a surveillé l'appellant et son automobile sans arrêt, jour et nuit. On convient également que cette surveillance pouvait être améliorée à l'aide de jumelles. On affirme pourtant que l'installation de ce dispositif de surveillance rudimentaire, le lendemain de l'expiration du mandat de perquisition, et la surveillance subséquente sont exagérées et empêchent l'utilisation de la preuve conformément au par. 24(2). J'estime qu'il s'agit là d'une point de vue quelque peu étrange.

À mon avis, les actes accomplis par la police en l'espèce n'étaient pas de nature à pouvoir être qualifiés d'«actes accomplis de mauvaise foi». Il n'y a pas eu recours à la violence, à la force, à la contrainte ou à des menaces physiques. L'insouciance dont on a fait preuve relativement à la date d'expiration du mandat et à la poursuite prolongée de la surveillance ne justifient pas, en l'occurrence, l'exclusion de la preuve.

Je ne crois pas non plus que cette conclusion soit contraire aux principes établis dans l'arrêt *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3. Dans cette affaire, la police avait fouillé le terrain entourant la résidence de l'accusé sans mandat et sans motifs raisonnables et probables qui lui auraient permis d'obtenir un mandat de perquisition. On y a statué que les stupéfiants trouvés subséquemment au cours

valid search of the house should be excluded. It was determined that where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence they should leave the suspect alone.

Here the situation was very different. It must be remembered that the police did have reasonable and probable grounds to search the appellant's vehicle when they installed the beeper. Moreover, there was a real threat of urgency flowing from the two most recent homicides in the community coupled with the telephone threat of further murders which motivated police action. More importantly, the invasion of privacy was not of a home or office but of a motor vehicle.

III. *The Effect of Exclusion*

In *Collins, supra*, Lamer J. observed that if evidence is excluded because of a trivial violation, particularly where the charge is very serious, the administration of justice may suffer greater disrepute than if the evidence were admitted. He went on to observe that if the admission of evidence renders the trial unfair, then, no matter how serious the offence, the evidence must be excluded.

The charge in this case does not appear to be extremely grave. But when it is recalled that the destruction of the tower caused damage in excess of one million dollars, it can be seen that the offence is very serious. The s. 8 violation in respect of the accused's car, although not trivial, was certainly less severe than would be a violation of the s. 10(b) right to counsel or a search of a person, home or office. Taking into account the nature of the charge and the nature of the *Charter* breach, I am of the view that the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

d'une perquisition légale de la maison devraient être exclus. On a également conclu que lorsque la police n'a que des soupçons et aucun moyen légal d'obtenir d'autres éléments de preuve, elle ne devrait pas importuner le suspect.

La situation en l'espèce est très différente. Il faut se rappeler que la police avait réellement des motifs raisonnables et probables de fouiller le véhicule de l'appelant lorsqu'elle a installé la balise. En outre, la perpétration des deux plus récents homicides dans la communauté, conjuguée à la menace d'autres meurtres proférée par téléphone, a fait naître un sentiment d'urgence réel qui a motivé le comportement de la police. Qui plus est, l'atteinte à la vie privée a eu lieu non pas dans une résidence ou un bureau, mais dans un véhicule à moteur.

III. *L'effet de l'exclusion*

Dans l'arrêt *Collins*, précité, le juge Lamer a fait remarquer que si des éléments de preuve sont écartés en raison d'une violation anodine, particulièrement lorsque l'accusation est très grave, il peut en résulter pour l'administration de la justice une déconsidération plus grande que si ces mêmes éléments de preuve étaient utilisés. Il a ensuite fait observer que si l'utilisation d'éléments de preuve rend le procès inéquitable, ceux-ci doivent être écartés, peu importe la gravité de l'infraction.

En l'espèce, l'accusation ne semble pas extrêmement grave. Mais lorsqu'on se rappelle que la destruction de la tour a causé des dommages de plus d'un million de dollars, on constate alors que l'infraction est très grave. La violation de l'art. 8 en ce qui concerne l'automobile de l'accusé, bien que non anodine, était certainement moins grave que ne le seraient la violation du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10(b) ou encore la fouille d'une personne ou la perquisition d'une résidence ou d'un bureau. Compte tenu de la nature de l'accusation et de la violation de la *Charte*, j'estime que l'utilisation de la preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Metal Pieces

The surveillance of the vehicle of the appellant, both electronically and visually by the police, provided them with the necessary grounds to obtain a second warrant to search the appellant's car. As a result of that search, the police discovered the metal pieces that were similar to those found on the guy wires of the tower. The information obtained from that search emanated from information obtained as a result of the initial *Charter* violation which occurred when the beeper was installed. As a result, the evidence obtained from the second search is linked to the original *Charter* breach. Its admissibility will be determined by a review of the same factors and principles that were considered in determining the admissibility of the evidence as to the movements of the vehicle. It follows that this evidence too is admissible. If anything, the metal filings can be said to be more "real" than the movements of the vehicle. Once again the admission of the evidence would not affect the fairness of the trial procedure. Nor is the violation so serious that it, in itself, would warrant the exclusion of the evidence. In all the circumstances, the evidence pertaining to the metal pieces should be admitted as should the evidence pertaining to the movements of the appellant's vehicle.

Summary

In summary, the installation of the electronic tracking device inside the vehicle after the expiry of the warrant and the subsequent monitoring of the movements of that vehicle constituted an unreasonable search in violation of s. 8 of the *Charter*. However, the evidence as to the location of the appellant's motor vehicle and the evidence of the metal pieces found in his car are admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Future Legislation

I agree with my colleague that it would be preferable if the installation of tracking devices and the subsequent monitoring of vehicles were controlled

Les fragments de métal

La surveillance à la fois électronique et visuelle du véhicule de l'appelant, que la police a effectuée, lui a fourni les motifs nécessaires pour obtenir un deuxième mandat l'autorisant à fouiller l'automobile de l'appelant. Cette fouille a permis à la police de découvrir des fragments de métal semblant provenir des haubans de la tour. Les renseignements recueillis lors de cette fouille ont été obtenus grâce aux renseignements découlant de la première violation de la *Charte*, qui a été commise lors de l'installation de la balise. Par conséquent, la preuve obtenue lors de la deuxième fouille est reliée à la violation initiale de la *Charte*. On établira son admissibilité en fonction des mêmes facteurs et principes que ceux examinés pour déterminer l'admissibilité de la preuve concernant les déplacements du véhicule. Il s'ensuit que cette preuve est également admissible. Quoi qu'il en soit, on peut affirmer que les fragments de métal sont plus «matériels» que les déplacements du véhicule. Encore une fois, l'utilisation de la preuve ne compromettrait pas l'équité du procès. Et la violation n'est pas grave au point de justifier en soi l'exclusion de la preuve. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, la preuve relative aux fragments de métal devrait être admise au même titre que la preuve portant sur les déplacements du véhicule de l'appelant.

Résumé

En résumé, l'installation à l'intérieur du véhicule du dispositif de surveillance électronique une fois le mandat expiré et la surveillance subséquente des déplacements de ce véhicule constituaient une fouille abusive contrairement à l'art. 8 de la *Charte*. Cependant, les éléments de preuve relatifs à l'emplacement du véhicule de l'appelant et aux fragments de métal trouvés dans son automobile sont admissibles conformément au par. 24(2) de la *Charte*.

Les textes législatifs à venir

Je conviens avec mon collègue qu'il serait préférable que l'installation de dispositifs de surveillance et la surveillance subséquente de véhicules

by legislation. I would also agree that this is a less intrusive means of surveillance than electronic audio or video surveillance. Accordingly, a lower standard such as a "solid ground" for suspicion would be a basis for obtaining an authorization from an independent authority, such as a justice of the peace, to install a device and monitor the movements of a vehicle.

Disposition

In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This appeal raises the general question of whether, and in what circumstances, the installation by the police without authorization of an electronic tracking device in a private citizen's automobile and its use as a means of surreptitious electronic surveillance to monitor the whereabouts of the citizen violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which protects the individual against unreasonable searches and seizures. It also raises the question whether evidence so obtained should be rejected under s. 24(2) of the *Charter* because it could bring the administration of justice into disrepute.

Facts

The appellant was charged with mischief to property contrary to s. 387(3) (now s. 430(3)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. In attempting to establish this offence, the Crown sought to introduce evidence of the whereabouts of the appellant obtained through the use of an electronic tracking device (a "beeper") installed in his car. A beeper may be described as a radio transmitter, usually battery operated, which emits periodic signals that can be picked up by a radio receiver. The background and manner of installation may briefly be summarized as follows.

The appellant had for some time been under surveillance by the Ontario Provincial Police (the

soient régis par des dispositions législatives. Je conviens également qu'il s'agit là d'un moyen de surveillance moins envahissant que la surveillance audio ou magnétoscopique. Par conséquent, une norme plus souple, comme le «motif solide» de soupçonner, permettrait d'obtenir d'une autorité indépendante, comme un juge de paix, l'autorisation d'installer un dispositif et de surveiller les déplacements d'un véhicule.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Ce pourvoi soulève la question générale de savoir si, et dans quelles circonstances, l'installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile d'un particulier et son utilisation aux fins de surveiller subrepticement ses allées et venues contreviennent à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lequel protège l'individu contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Le pourvoi soulève également la question de savoir s'il y a lieu, en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*, d'écarter la preuve ainsi obtenue pour le motif qu'elle est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les faits

L'appelant a été accusé d'avoir commis un méfait à l'égard d'un bien, contrairement au par. 387(3) (maintenant le par. 430(3)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Afin d'établir sa culpabilité, le ministère public a tenté d'introduire la preuve de ses allées et venues, obtenue grâce à un dispositif de surveillance électronique (une «balise») dissimulé dans sa voiture. Une balise est un poste émetteur, ordinairement à piles, qui émet périodiquement des signaux pouvant être captés par un récepteur. Résumons brièvement le contexte et la manière dont le dispositif a été installé.

Depuis un certain temps, l'appelant faisait l'objet d'une surveillance par la Police provinciale de

O.P.P.) who suspected him of involvement in a recent murder in Morewood, Ontario which they believed to be linked to a series of similar killings in the area. In the course of its homicide investigation, the O.P.P. on July 14, 1987 applied for a warrant to search the appellant's home and vehicle on the following grounds: that the police had spotted the appellant driving his automobile towards his home shortly after the murder; that they had observed, in the back seat of his car, a pair of binoculars, a pair of work gloves, and a plastic rain coat, which appeared used; that they had observed under the car soil and vegetation (Timothy, a plant common to the area) similar to that found on the victim's property; that the appellant's voice sounded similar to that on a tape of someone who purported to be the murderer, though the voice appeared disguised and could not be positively identified; that the appellant had been a suspect in certain of the previous homicides; and that he had an extensive criminal record for break and enter, robbery, theft, and offences relating to offensive weapons. The police obtained the warrant and conducted the search but found nothing in either the accused's home or vehicle to link him to any of the homicides.

Pursuant to the terms of the warrant, the police had towed the appellant's automobile to the police station to carry out the search. Some time later, more than thirty hours after the expiration of the warrant, they installed an electronic tracking device in the interior of the appellant's vehicle. The "beeper" was surreptitiously hidden in the foam in the back seat of the appellant's car, causing minor damage to the seat. This, the trial judge held, was done on the basis of "mere suspicion" and it was, of course, done without judicial authorization. The car was then returned to the appellant.

The beeper emitted a radio frequency transmission which could be detected by a police scanner

l'Ontario (la Police provinciale) qui le soupçonnait d'être impliqué dans une récente affaire de meurtre à Morewood (Ontario) qu'elle croyait reliée à une série de meurtres similaires ayant eu lieu dans la région. Dans le cadre de son enquête pour meurtre, la Police provinciale a, le 14 juillet 1987, demandé la délivrance d'un mandat l'autorisant à perquisitionner au domicile de l'appellant et à fouiller son véhicule, en faisant valoir les motifs suivants: des policiers avaient aperçu l'appellant alors qu'il se dirigeait vers son domicile au volant de son automobile, peu après le meurtre; les policiers avaient remarqué la présence, sur le siège arrière de la voiture, de jumelles, d'une paire de gants de travail et d'un imperméable en plastique qui semblait avoir servi; sous la voiture, on avait aperçu de la terre et de la végétation (de la phléole des prés, une plante commune dans la région) semblable à celle trouvée sur le terrain de la victime; la voix de l'appellant ressemblait à celle d'une personne qui, dans un enregistrement, prétendait être le meurtrier, même si la voix de cette dernière semblait déguisée et n'avait pu être identifiée positivement; l'appellant était au nombre des suspects relativement à certains des homicides précédents; enfin, il possédait un lourd casier judiciaire faisant état d'introductions par effraction, de vols qualifiés, de vols et d'infractions relatives à des armes offensives. La police a obtenu le mandat demandé et a effectué la perquisition et la fouille, mais n'a découvert, au domicile de l'accusé ou dans son véhicule, aucun indice permettant de le relier à l'un des homicides.

Conformément au mandat, la police avait fait remorquer l'automobile de l'appellant au poste afin de procéder à la fouille. Puis, plus de trente heures après l'expiration du mandat, les policiers ont installé à l'intérieur du véhicule de l'appellant un dispositif de surveillance électronique. La «balise» a été dissimulée dans le caoutchouc mousse du siège arrière, ce qui l'a endommagé légèrement. Cette installation, a conclu le juge du procès, a été effectuée sur la foi d'un [TRADUCTION] «simple soupçon» et, naturellement, sans autorisation judiciaire. La voiture a ensuite été rendue à l'appellant.

La balise émettait un signal radio pouvant être capté sur une distance de trois kilomètres par un

for a distance of up to three kilometres. Though the device was rather unsophisticated, and the person who installed it thought it was capable of giving only its general location, he had not counted on the ingenuity of the police who by listening to the tone and using an antenna held outside the window of a police vehicle could be led in a specific direction. Along with constant visual surveillance, the device enabled the police to track the appellant's whereabouts at all times of the day or night. The trial judge found that the police used the device on a constant basis for a period extending over many months, and pertinently, over a month prior to the commission of the offence alleged in the present case, both to track the vehicle in motion and to pinpoint its location when stationary.

On August 15, 1987, the day of the alleged offence, the police had lost visual contact with the appellant's vehicle but were able to trace its location using the beeper. Upon moving to that location, the police established surveillance on a vehicle resembling the appellant's that was parked in a driveway. Approximately two hours later, the police surveillance team heard a loud noise which sounded like metal crashing. The crashing sound was caused by the felling of a Bell Canada communications tower, the value of which was in excess of \$2 million. Soon after, the police observed another vehicle, which was in fact the appellant's and appeared to be identical to the one they were watching, pull out of a laneway in a nearby field from which the crashing sound had emanated. The second vehicle was later located at the appellant's residence.

On August 26, 1987, the O.P.P. observed the appellant sitting in his car in a field, where he had parked in an attempt to avoid the heavy police surveillance. At this time, the police conducted a warrantless search of the appellant's vehicle and person. Nothing was found. Later that evening, the police obtained a warrant to search the appellant's vehicle. When the car was vacuumed, melted pieces of metal, consistent with the metal guy wires of the Bell communications tower, were discovered. On November 13, 1987, the appellant was

récepteur à balayage de la police. Il s'agissait d'un dispositif assez rudimentaire qui, aux dires de son installateur, n'indiquait qu'une localisation générale. Mais c'était sans compter l'ingéniosité des policiers qui, à l'aide d'une antenne glissée par la fenêtre de leur voiture, ont pu suivre le signal dans une direction précise. Grâce à une surveillance visuelle constante, le dispositif a ainsi permis à la police de suivre l'appelant à la trace jour et nuit. Le juge du procès a conclu que les policiers avaient utilisé le dispositif de façon constante pendant de nombreux mois et, plus particulièrement, pendant le mois qui a précédé la perpétration de l'infraction reprochée en l'espèce, tant pour suivre les déplacements du véhicule que pour le localiser à l'arrêt.

Le 15 août 1987, date de l'infraction reprochée, les policiers avaient perdu de vue le véhicule de l'appelant mais ont pu le retracer grâce à la balise. Après s'être rendus à l'endroit indiqué, ils ont placé sous surveillance un véhicule stationné dans une entrée de cour, qui ressemblait à celui de l'appelant. Environ deux heures plus tard, les policiers de l'équipe de surveillance ont entendu un grand bruit, comme un fracas métallique. C'était le bruit de l'effondrement d'une tour de télécommunications de Bell Canada, d'une valeur supérieure à deux millions de dollars. Peu de temps après, les policiers ont vu un autre véhicule, appartenant effectivement à l'appelant et paraissant identique à celui qu'ils surveillaient, sortir d'un chemin situé dans un champ voisin d'où était venu le bruit. Le second véhicule a, par la suite, été localisé à la résidence de l'appelant.

Le 26 août 1987, la Police provinciale a aperçu l'appelant à bord de sa voiture dans un champ où il s'était arrêté dans l'espoir d'échapper à l'étroite surveillance policière. Les policiers ont alors procédé à une fouille sans mandat du véhicule et de la personne de l'appelant, mais en vain. Plus tard au cours de la soirée, la police a obtenu un mandat l'autorisant à fouiller le véhicule de l'appelant. En y passant l'aspirateur, on a découvert des fragments de métal fondus semblant provenir des hauts de la tour de télécommunications de Bell. Le

charged with mischief to property over \$1,000 with respect to the Bell tower.

The appellant brought a pre-trial motion for exclusion of the evidence relating to his whereabouts on August 15, 1987 on the ground that such evidence had been obtained in violation of his rights under s. 8 of the *Charter*. The trial judge granted the appellant's motion and refused to admit any of the evidence obtained directly or indirectly as a result of the use of the electronic tracking device. As a result, he acquitted the appellant. The Ontario Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Judicial History

District Court of Ontario, September 26, 1988

The trial judge, Smith Dist. Ct. J., made three separate rulings. The first concerned the issue of whether the installation and use of an electronic tracking device constitutes a "search" for the purposes of s. 8 of the *Charter*. He held that it does, rejecting the Crown's arguments that a person, by travelling upon a public highway, extends an open invitation to be observed, and that the tracking device in this case was generally used only to facilitate and assist visual surveillance. He stated:

There is then, from time to time at least, a reasonable expectation of privacy in the use made of one's private automobile and when that expectation of privacy is intruded upon by the police as it was here, then the police effectively made a search of that vehicle not only by installing the device, but by tracking it over the one month period between the time of its installation and the alleged commission of the offence by the accused.

The trial judge next considered the reasonableness of the search. In finding that the police had no reasonable and probable grounds for employing the monitoring device, the trial judge held that the police's suspicion of the appellant in relation to the homicides was never elevated to the point of their

13 novembre 1987, l'appelant était accusé de méfait à l'égard d'un bien de plus de 1 000\$, savoir la tour de Bell.

L'appelant a demandé, par requête préliminaire, que soit écartée la preuve relative à ses allées et venues le 15 août 1987, pour le motif que cette preuve avait été obtenue en violation des droits que lui garantit l'art. 8 de la *Charte*. Le juge du procès a accueilli la requête de l'appelant et a refusé d'utiliser les éléments de preuve obtenus directement ou indirectement grâce au dispositif de surveillance électronique. En conséquence, il a acquitté l'appelant. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Cour de district de l'Ontario, 26 septembre 1988

Le juge du procès, le juge Smith de la Cour de district, s'est prononcé sur trois points différents. Dans un premier temps, il s'agissait de savoir si l'installation et l'utilisation d'un dispositif de surveillance électronique constituait une «fouille» au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Il a conclu par l'affirmative, rejetant les arguments du ministère public selon lesquels le fait qu'une personne circule sur la voie publique équivaut à une invitation manifeste à l'observation et que le dispositif de surveillance, en l'espèce, n'a servi généralement qu'à faciliter la surveillance visuelle. Il s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] La personne qui utilise sa propre automobile a, tout au moins à l'occasion, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée. Lorsque la police déjoue cette attente comme cela s'est produit en l'espèce, c'est que la police a effectivement fouillé le véhicule, non seulement en installant le dispositif mais aussi en le suivant à la trace pendant un mois entre le moment de l'installation et celui où l'accusé aurait perpétré l'infraction.

Le juge du procès a ensuite examiné le caractère raisonnable de la fouille. En statuant que la police n'avait aucun motif raisonnable et probable d'utiliser le dispositif de surveillance, le juge du procès a conclu que si la police soupçonnait l'appelant d'être relié aux homicides, ce soupçon ne s'était

having any reason to believe he was the killer. Rather, he held, the police proceeded on the basis of mere suspicion. The trial judge interpreted the police's motives in planting the tracking device in the appellant's car as an attempt "to keep track of his whereabouts and see if he was going to attempt any similar action". He held that the *Charter* prevents the police from invading a person's privacy to see if they are going to do something illegal.

The trial judge found the search represented by the installation and use of the monitoring device to be an on-going and continuous one. He disagreed with the Crown's contention that the device was used simply as an aid to visual surveillance. Rather, he held, it was used as a tracking device and constituted "an on-going search conducted by the police for which they had no reasonable and probable ground because they had nothing more than a suspicion of Wise as a criminal". For these reasons, he found the installation and use of the tracking device to be an unreasonable search and thus a violation of the appellant's rights under s. 8 of the *Charter*.

The trial judge then considered whether the evidence obtained through use of the monitoring device should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. In finding that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, he emphasized the serious and on-going nature of the *Charter* violation. The unreasonable search, he observed, took place twenty-four hours a day for over a month prior to the commission of the alleged offence. He found the violation to be deliberate and planned, and not to have been committed in circumstances of urgency. He also observed that because the impugned evidence did not exist before the *Charter* violation, the accused had been compelled to produce evidence against himself.

In such circumstances, the trial judge concluded, admission of the evidence would bring the admin-

jamais transformé en raison de croire qu'il était l'assassin. Plus précisément, a-t-il conclu, c'est en se fondant sur ce simple soupçon que les policiers ont agi. Selon son interprétation, l'installation du dispositif de surveillance dans la voiture de l'appellant s'expliquait par la volonté de la police [TRADUCTION] «de surveiller ses allées et venues pour voir s'il allait tenter de commettre un acte similaire». Or la *Charte*, a-t-il statué, interdit à la police de s'immiscer dans la vie privée d'un particulier pour voir s'il s'apprête à commettre un acte illégal.

Le juge du procès a estimé que la fouille, constituée par l'installation et l'utilisation du dispositif de surveillance, avait été continue et ininterrompue. Il n'a pas souscrit à l'argument du ministère public voulant que le dispositif n'ait servi qu'à faciliter la surveillance visuelle. Il a plutôt conclu qu'il avait servi de dispositif de surveillance et constitué [TRADUCTION] «une fouille continue que les policiers ont effectuée sans motif raisonnable et probable puisqu'ils ne faisaient que soupçonner que Wise était l'auteur d'un crime». Pour ces motifs, il a conclu que l'installation et l'utilisation du dispositif de surveillance constituaient une fouille abusive et, ainsi, une violation des droits que garantit à l'appellant l'art. 8 de la *Charte*.

Le juge du procès s'est enfin demandé s'il y avait lieu d'écarter, en application du par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus grâce au dispositif de surveillance. En concluant que l'utilisation de ces éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il a souligné la gravité et le caractère continu de la violation de la *Charte*. La fouille abusive, a-t-il fait remarquer, a duré vingt-quatre heures par jour pendant plus d'un mois avant la perpétration de l'infraction reprochée. Il a estimé que la violation avait été préméditée et qu'elle n'avait pas eu lieu dans une situation d'urgence. Il a également fait remarquer que, puisque les éléments de preuve contestés n'existaient pas avant la violation de la *Charte*, l'accusé avait été contraint de créer une preuve contre lui-même.

En pareilles circonstances, de conclure le juge du procès, l'utilisation de la preuve recueillie serait

istration of justice into disrepute since it would deprive the accused of a fair trial and would constitute judicial condonation of unacceptable police conduct. In reaching this conclusion, the trial judge emphasized that the relevant standard is that of the reasonable person, dispassionate and fully apprised of the circumstances, in a community where the current mood is reasonable. Such a person, he found, would hold the administration of justice in disrepute if the impugned evidence were admitted.

Accordingly, the trial judge held that all evidence obtained directly or indirectly as a result of the use of the electronic tracking device was to be excluded. As a result, he acquitted the appellant.

Ontario Court of Appeal (1990), 49 C.R.R. 163

On appeal, the Crown conceded that the installation of the electronic monitoring device constituted a breach of the appellant's s. 8 right. Given this concession, the Court of Appeal confined its reasons to the s. 24(2) issue. In considering the test of admissibility as set out by this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the Court of Appeal stated, at pp. 165-66:

The evidence obtained may or may not be conclusive but there is no question that without it there is no case against the accused. We believe that while the action of the police was deliberate, they proceeded in good faith having found other investigatory techniques unproductive. The populace in the area was understandably very concerned about the rash of murders committed and it was reasonable both for the investigation and the prevention of crime to track the movements of the respondent in his car. The device proved necessary to maintain contact with that car. We do not find the evidence obtained to be conscriptive of the accused as referred to in the *Collins* case. Everything he did, everywhere he went, was of his own volition. Also, the evidence obtained must be classified as real, which as stated in *Collins* is an important factor leading to admissibility.

susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, car elle priverait l'accusé d'un procès équitable et reviendrait à absoudre judiciairement une conduite policière inacceptable. En tirant cette conclusion, il a souligné que le critère applicable est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée de toutes les circonstances, dans une société où l'humeur courante est raisonnable. Or cette personne, a-t-il jugé, estimerait que l'administration de la justice serait déconsidérée si les éléments de preuve contestés étaient utilisés.

En conséquence, le juge du procès a conclu que tous les éléments de preuve obtenus directement ou indirectement grâce au dispositif de surveillance électronique devaient être écartés. Aussi a-t-il acquitté l'appellant.

Cour d'appel de l'Ontario (1990), 49 C.R.R. 163

En appel, le ministère public a reconnu que l'installation du dispositif de surveillance électronique constituait une atteinte au droit que l'art. 8 garantit à l'appellant. Vu cette reconnaissance, la Cour d'appel s'est restreinte dans ses motifs à la question du par. 24(2). Examinant le critère d'admissibilité énoncé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, la Cour d'appel a dit, aux pp. 165 et 166:

[TRADUCTION] Que les éléments de preuve obtenus soient concluants ou non, il ne fait aucun doute que sans eux, aucune charge ne peut être retenue contre l'accusé. Nous croyons que si les policiers ont agi délibérément, ils l'ont fait de bonne foi après avoir constaté l'inefficacité d'autres méthodes d'enquête. La vive inquiétude qu'éprouvait la population devant la vague de meurtres qui sévissait dans la région était compréhensible et il était raisonnable, tant à des fins d'enquête que de prévention de la criminalité, de suivre les déplacements de l'intimé dans sa voiture. Le dispositif s'est avéré nécessaire pour garder le contact avec cette voiture. À notre avis, les éléments de preuve recueillis n'ont pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même au sens où on l'entend dans l'arrêt *Collins*. Tout ce qu'il a fait, c'est de son propre gré et il est allé là où il le voulait. De plus, la preuve obtenue doit être considérée comme matérielle, ce qui, suivant l'arrêt *Collins*, est un important facteur d'admissibilité.

For these reasons, the court refused to find that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. Accordingly, it allowed the appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Notice of appeal to this Court was then filed on behalf of the appellant.

Analysis

Application of s. 8 to the Installation

I should at the outset note that the Crown has conceded that the installation of the tracking device in the appellant's car in the circumstances of this case constituted a violation of s. 8. In my view, the Crown was right in making this concession. The violation resulted from a combination of facts: the device was installed in the interior of the car; minor damage (the displacement of some of the foam in the seat cushion) was caused; and the installation was not performed pursuant to a search warrant. This installation constituted an unlawful trespass. In engaging in this activity, the police were carrying on an unreasonable search. The information obtained was a product of the illegal search; it came into the state's possession by the exploitation of its wrong.

All of this is fully supported by the recent decision of this Court in *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3. There police officers in the course of a narcotics investigation conducted a perimeter search of a house without warrant and by observing, listening and smelling were able to surmise what was going on in the house. The Court unanimously held that the police had no right to trespass on the land adjoining the house and that they were engaged in an unreasonable search. A majority rejected evidence flowing from this search under s. 24(2) of the *Charter*. The case, of course, dealt with the home, the principal bulwark against the invasion of an individual's privacy, but other locations closely related to one's life or affairs are also protected under s. 8; see, for example, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Wong*, [1990] 3 S.C.R. 36. While I am prepared to acknowledge

Pour ces motifs, la cour a refusé de conclure que l'utilisation de cette preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, elle a accueilli l'appel, annulé l'acquiescement et ordonné un nouveau procès.

Un avis de pourvoi devant notre Cour a, par la suite, été produit au nom de l'appelant.

Analyse

Application de l'art. 8 à l'installation

Soulignons d'abord que le ministère public a reconnu que l'installation du dispositif de surveillance dans la voiture de l'appelant constituait, dans les circonstances de l'espèce, une violation de l'art. 8. À mon avis, c'est à juste titre que le ministère public a reconnu cela. La violation résultait d'une combinaison de faits: le dispositif a été installé à l'intérieur de la voiture, de légers dommages ont été causés (déplacement du caoutchouc mousse dans le coussin du siège) et l'installation a été faite sans mandat de perquisition. Cette installation constituait une intrusion illégale. En agissant ainsi, la police a effectué une fouille abusive. Les renseignements obtenus étant le produit de cette fouille illégale, c'est grâce à son acte illégitime que l'État en a pris possession.

Toutes ces considérations sont amplement étayées par le récent arrêt de notre Cour, *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3. Dans cette affaire, des policiers avaient effectué sans mandat, dans le cadre d'une enquête en matière de stupéfiants, une perquisition périphérique d'une résidence et, grâce à ce qu'ils y avaient observé, entendu et senti, ils avaient pu deviner ce qui se passait dans la maison. La Cour a conclu, à l'unanimité, que la police n'avait pas le droit de pénétrer sur le terrain entourant la résidence et qu'il y avait eu perquisition abusive. La majorité des juges ont rejeté, en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*, les éléments de preuve obtenus grâce à cette perquisition. Il est vrai que cet arrêt visait le domicile qui est le principal rempart contre l'atteinte à la vie privée, mais d'autres lieux étroitement liés à la vie ou aux affaires d'un particulier jouissent également de la protection de l'art. 8; voir, par exemple, les arrêts

that, as compared to the home, the individual has a diminished expectation of privacy in respect of his or her automobile, nonetheless an automobile is so central to one's daily life that the interior of the vehicle immediately jumps to mind as being an area meriting protection against state intrusion; see in this context *Cardwell v. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974), at p. 591. In the present case, there were no exigent circumstances, and the activities of the police were not authorized. The search warrant had expired and, for that matter, it did not authorize that kind of search.

Application of s. 8 to the Monitoring

Given its concession that the manner in which the tracking device was installed constituted an unreasonable search, the Crown argued that it becomes unnecessary to consider the extent to which the use of electronic tracking devices generally violates s. 8, and that the Court should not address the issue. I do not agree. The use of these types of tracking devices on automobiles poses important questions that will ultimately have to be resolved in some form by Parliament, and it would, I think, be helpful if this Court could provide some indication of the constitutionality of the use of electronic tracking devices. This is particularly important given the absence of any applicable legislation. Besides, the Crown's concession masks the fact that two different methods of invading privacy are involved, the trespass to the interior of the appellant's car and the electronic surveillance of his movements, both of which may have implications for the assessment of whether the evidence obtained should be rejected under s. 24(2); for a comparable situation, see *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at pp. 1150-52 and at pp. 1182-83. I would also note that this was the manner in which the appellant's case was

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36. Même si je suis disposé à reconnaître que l'attente en matière de respect de la vie privée qu'on a lorsqu'on est à l'intérieur d'une voiture est moindre que celle qu'on a lorsqu'on est dans son domicile, il n'en reste pas moins que l'automobile occupe une place si importante dans notre vie quotidienne qu'on est immédiatement porté à considérer que l'intérieur du véhicule mérite d'être protégé contre l'intrusion de l'État; voir, dans ce contexte, l'arrêt *Cardwell c. Lewis*, 417 U.S. 583 (1974), à la p. 591. En l'espèce, les circonstances n'avaient rien d'urgent et la police a agi sans autorisation. Le mandat était expiré et, de toute façon, il n'autorisait pas ce type de fouille.

d Application de l'art. 8 à la surveillance

Ayant reconnu que la façon dont le dispositif de surveillance avait été installé constituait une fouille abusive, le ministère public a fait valoir qu'il n'était pas nécessaire de considérer dans quelle mesure l'utilisation de dispositifs de surveillance électronique viole généralement l'art. 8 et qu'il n'y avait donc pas lieu que la Cour examine cette question. Je ne suis pas de cet avis. L'utilisation de ce genre de dispositifs de surveillance installés dans des automobiles soulève d'importantes questions auxquelles le Parlement devra un jour apporter des solutions et je crois qu'il serait utile que notre Cour fournisse certaines indications sur la constitutionnalité de l'utilisation de dispositifs de surveillance électronique. Cela est d'autant plus important en l'absence de tout texte législatif applicable. De plus, la reconnaissance par le ministère public masque le fait que deux méthodes différentes d'atteinte à la vie privée sont en cause, soit l'intrusion dans la voiture de l'appellant et la surveillance électronique de ses déplacements, toutes deux étant susceptibles d'avoir des répercussions sur la question de savoir si les éléments de preuve obtenus devraient être écartés en vertu du par. 24(2); pour une situation comparable, voir *R. c. Thomson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, aux pp. 1150 à 1152 de même que 1182 et 1183. Je remarque également que c'est ainsi qu'ont été présentés les arguments de l'appellant et que la question a été

framed, and the issue has been fully addressed by both parties. I turn then to that issue.

I think it is clear, given this Court's holdings in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and *Wong, supra*, that the use of an electronic tracking device is a search within the meaning of the *Charter*. In *Wong*, the majority stated, at pp. 43-44, that it would be superfluous to undertake a lengthy analysis into whether surreptitious video surveillance by the state constitutes a search and seizure under s. 8, and added:

In *Duarte*, this Court held that unauthorized electronic audio surveillance violates s. 8 of the Charter. It would be wrong to limit the implications of that decision to that particular technology. Rather what the Court said in *Duarte* must be held to embrace all existing means by which the agencies of the state can electronically intrude on the privacy of the individual, and any means which technology places at the disposal of law enforcement authorities in the future. [Emphasis added in third sentence.]

That reasoning applies here. It is true that, unlike the audio and video surveillance methods employed in *Duarte* and *Wong*, the tracking device reveals only the whereabouts of an individual, and does not extend to the interception and recording of private communications. It would be surprising, however, if the ambit of the *Charter's* protection did not extend to this area. An individual has a reasonable expectation of privacy not only in the communications he makes, but in his movements as well. Indeed, this proposition was clearly enunciated in *Wong, supra*, at p. 47, in the following passage:

George Orwell in his classic dystopian novel *1984* paints a grim picture of a society whose citizens had every reason to expect that their every movement was subject to electronic video surveillance. The contrast with the expectations of privacy in a free society such as our own could not be more striking. [Emphasis added.]

pleinement débattue par les deux parties. Abordons maintenant cette question.

J'estime qu'il est manifeste, compte tenu des arrêts de notre Cour *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *Wong*, précité, que l'utilisation d'un dispositif de surveillance électronique constitue une fouille ou perquisition au sens de la *Charte*. Dans l'arrêt *Wong*, la Cour à la majorité affirme, aux pp. 43 et 44, qu'il serait superflu d'entreprendre une analyse détaillée de la question de savoir si une surveillance magnétoscopique exercée subrepticement par l'État constitue une perquisition, une fouille et une saisie au sens de l'art. 8. Elle ajoute:

Dans l'arrêt *Duarte*, cette Cour a conclu que la surveillance électronique audio non autorisée constitue une violation de l'art. 8 de la Charte. Il serait erroné de limiter les effets de cette décision à cette technologie particulière. Il faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l'arrêt *Duarte* embrassent tous les moyens actuels permettant à des agents de l'État de s'introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à l'avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l'application de la loi. [Je souligne la troisième phrase.]

Le même raisonnement s'applique ici. Certes, à la différence des méthodes de surveillance audio et magnétoscopique employées dans les arrêts *Duarte* et *Wong*, le dispositif de surveillance ne révèle que les allées et venues d'une personne et ne permet pas d'intercepter et d'enregistrer des communications privées. Toutefois, il serait étonnant que ce domaine échappe à la protection de la *Charte*. Chacun s'attend raisonnablement au respect de sa vie privée, non seulement dans ses communications, mais aussi dans ses déplacements. Ce principe est d'ailleurs clairement énoncé dans le passage suivant tiré de la p. 47 de l'arrêt *Wong*, précité:

Dans son roman futuriste classique *1984*, George Orwell dresse le portrait sinistre d'une société dont les citoyens ont toutes les raisons de croire que chacun de leurs mouvements est assujéti à la surveillance magnétoscopique électronique. On ne pourrait trouver contraste plus frappant avec nos attentes en matière de vie privée dans une société libre comme la nôtre. [Je souligne.]

The underlying rationale for this approach has been well stated by Professor Melvin Gutterman in his article "A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance" (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647, in the following passage, at p. 706:

In a variety of public contexts, we may expect to be casually observed, but may justifiably be outraged by intensive scrutiny. In these public acts we do not expect to be personally identified and subject to extensive surveillance, but seek to merge into the "situational landscape." The ability to move about freely without constant supervision by the government is an important source of individual liberty that must be addressed. A fear of systematic observation, even in public places, destroys this sense of freedom. Justice Douglas recognized the importance of this privacy value in a democratic society, commenting that free movement is as dangerous to a tyrant as free expression of ideas or the right of assembly and is, therefore, controlled in most countries.

I must confess to finding it absolutely outrageous that in a free society the police or other agents of the state should have it within their power, at their sole discretion and on the basis of mere suspicion, to attach a beeper on a person's car that permits them to follow his or her movements night and day for extended periods.

As I noted in *Duarte, supra*, at p. 44, I realize the necessity of police surveillance when they suspect someone, and I also realize that it is vital for them to have access, where reasonable, to electronic devices in the performance of their difficult task of enforcing the law and detecting crime. However, the Court is not faced with the unpalatable choice of prohibiting the use of beepers altogether but simply of imposing judicial control. What I quarrel with is that the police or other agents of the state should have the power to use electronic equipment permitting them, at their whim, to know where any particular individual may be at any time without the authorization of the judiciary or some other independent third party.

Cette conception repose sur un raisonnement qu'a fort bien exposé le professeur Melvin Gutterman dans son article «A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance» (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647. Il dit, à la p. 706:

[TRADUCTION] S'il est normal, dans divers contextes publics, d'être observé fortuitement, nous aurions par contre toutes les raisons d'être choqués par des regards insistants. Dans ces activités publiques, nous ne nous attendons pas à être identifiés personnellement et soumis à une surveillance intensive, mais nous cherchons plutôt à passer inaperçus. La capacité de se déplacer librement, sans la supervision constante de l'État, est une importante source de liberté individuelle dont il faut tenir compte. Or, la crainte d'être systématiquement observé, même dans les endroits publics, détruit ce sentiment de liberté. Le juge Douglas a reconnu l'importance de cette valeur relative à la protection de la vie privée dans une société démocratique: la liberté de mouvement, a-t-il dit, est aussi dangereuse pour un tyran que la liberté d'exprimer des idées ou le droit de se réunir, et c'est pourquoi elle est contrôlée dans la majorité des pays.

Je dois avouer que je trouve tout à fait révoltant que, dans une société libre, les policiers ou d'autres agents de l'État puissent, à leur entière discrétion et sur la foi d'un simple soupçon, installer une balise dans la voiture d'une personne pour en suivre les mouvements jour et nuit pendant des périodes prolongées.

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Duarte*, précité, à la p. 44, je suis conscient de la nécessité que les policiers surveillent les gens qu'ils soupçonnent. Je me rends compte également qu'il est vital que les policiers aient accès, lorsque cela est raisonnable, à des dispositifs électroniques dans l'exécution de leur lourde tâche que représentent l'application de la loi et la découverte du crime. Cependant, la Cour est confrontée non pas à l'obligation désagréable d'avoir à interdire complètement l'utilisation de balises, mais simplement à celle d'imposer un contrôle judiciaire. Ce que je n'accepte pas, c'est que les policiers ou autres agents de l'État aient le pouvoir de recourir à du matériel électronique leur permettant, à leur gré et sans l'autorisa-

This Court first asserted this position in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, and has consistently reasserted it since, in particular in relation to devices for electronic surveillance; see *Duarte and Wong*. The Court thus stated the rationale for this position in *Duarte*, at p. 44:

The reason for this protection is the realization that if the state were free, at its sole discretion, to make permanent electronic recordings of our private communications, there would be no meaningful residuum to our right to live our lives free from surveillance. The very efficacy of electronic surveillance is such that it has the potential, if left unregulated, to annihilate any expectation that our communications will remain private.

This equally applies to monitoring our every movement. The fact that in a particular case the police may be able *ex post facto* to justify their action is of no moment. The problem is that society would have no way of knowing how many situations are not justifiable. To control the police, and more generally state power, in this context, prior independent third party scrutiny is required, though as Dickson J. observed in *Hunter v. Southam Inc.*, this need not necessarily be done by a member of the judiciary.

I am fully aware that, in the absence of laws, such as exist in the *Criminal Code* respecting audio surveillance, the police may be deprived of the use of these modern methods of crime detection. But it is not the task of the Court to devise means to assist the police to make use of these electronic media. This too is made clear in *Wong*, where at p. 57, it is stated:

This is wholly consistent with my earlier observations in *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 187, and *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 891, as to what I perceive to be the respective roles of the courts and Parliament when *Charter* rights and freedoms are at issue. As I stated there, it does not sit well for the courts, as the protectors of our fundamental rights, to widen the

tion d'un juge ou d'une tierce partie indépendante, de savoir en tout temps où se trouve une personne. Notre Cour a, pour la première fois, exposé sa position à cet égard dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, et l'a réaffirmée depuis à maintes reprises, notamment en ce qui a trait aux dispositifs de surveillance électronique; voir les arrêts *Duarte et Wong*. Dans l'arrêt *Duarte*, la Cour justifie ainsi sa position, à la p. 44:

Cette protection s'explique par la conscience du fait que, si l'État était libre de faire, à son entière discrétion, des enregistrements électroniques permanents de nos communications privées, il ne nous resterait rien qui vaille de notre droit de vivre libre de toute surveillance. La surveillance électronique est à ce point efficace qu'elle rend possible, en l'absence de réglementation, l'anéantissement de tout espoir que nos communications restent privées.

Ceci s'applique également à la surveillance de nos moindres mouvements. Le fait que, dans un cas particulier, la police puisse justifier ses actes après coup n'a aucune importance. Le problème, c'est que la société n'aurait aucun moyen de savoir combien de situations ne sont pas justifiables. Pour contrôler la police, et plus généralement le pouvoir étatique, dans ce contexte, il doit y avoir examen préalable par une tierce partie indépendante, bien qu'il ne soit pas indispensable, comme l'a souligné le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, que ce soit un membre du pouvoir judiciaire qui l'effectue.

Je suis parfaitement conscient qu'en l'absence de dispositions législatives, comme celles que renferme le *Code criminel* en matière de surveillance audio, la police pourrait être empêchée de recourir à ces méthodes modernes de découverte du crime. Mais il n'appartient pas à la Cour de concevoir des moyens d'aider la police à recourir à ces dispositifs électroniques. Ce point a également été précisé dans l'arrêt *Wong*, où l'on dit, à la p. 57:

Ces propos sont tout à fait conformes à mes motifs antérieurs dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, à la p. 187 et dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 891, quant aux rôles respectifs des tribunaux et du législateur lorsqu'il s'agit de droits et de libertés protégés par la *Charte*. Comme je l'ai affirmé dans ces arrêts, il n'est pas du ressort des tribunaux, à titre de

possibility of encroachments on these personal liberties. It falls to Parliament to make incursions on fundamental rights if it is of the view that they are needed for the protection of the public in a properly balanced system of criminal justice.

The Court was there speaking of video surveillance, but the same principle applies to the present case. Later, on p. 57, it added:

It is for Parliament, and Parliament alone, to set out the conditions under which law enforcement agencies may employ video surveillance technology in their fight against crime. Moreover, the same holds true for any other technology which the progress of science places at the disposal of the state in the years to come. Until such time as Parliament, in its wisdom, specifically provides for a code of conduct for a particular invasive technology, the courts should forebear from crafting procedures authorizing the deployment of the technology in question.

See also *R. v. Kokesch, supra*, at p. 28.

I should note at this point that I am not impressed by the fact that the beeper in this case was a rather unsophisticated device. As we saw, the police with admirable ingenuity were able to track the location of the appellant at all times. But quite apart from this, in this era of explosive technology, can it be long before a device is developed that will be able to track our every movement for indefinite periods even without visual surveillance? We owe our statutory protection against wiretapping to the fact that the courts of the United States, from which our provisions largely derive, had the wisdom to strike down that form of electronic surveillance at an early stage of its development. This is the time to begin regulating the use of electronic tracking devices while they are still in their infancy and before the law enforcement authorities begin routinely using them as part of their work habits.

protecteurs de nos droits fondamentaux, d'élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles. Il appartient au législateur de porter atteinte aux droits fondamentaux s'il estime que cela est nécessaire pour la protection du public dans un système pénal bien équilibré.

La Cour parlait alors de surveillance magnétoscopique, mais le même principe s'applique en l'espèce. Elle ajoute, plus loin, à la p. 57:

C'est au législateur et à lui seul qu'il revient d'établir les conditions dans lesquelles les organismes d'application de la loi peuvent avoir recours à la technologie de surveillance magnétoscopique pour combattre la criminalité. Il en est de même pour toute nouvelle technologie que les progrès de la science mettront à la disposition de l'État dans les années à venir. Tant que le législateur n'aura pas, dans sa sagesse, prévu expressément un code régissant une technologie attentatoire particulière, les tribunaux devraient s'abstenir d'élaborer des procédures autorisant l'utilisation de cette technologie.

Voir également l'arrêt *R. c. Kokesch*, précité, à la p. 28.

Je dois dire à ce stade que j'attache peu d'importance au fait que la balise installée dans la présente affaire soit un dispositif plutôt rudimentaire. Comme nous l'avons vu, les policiers ont pu, grâce à leur remarquable ingéniosité, repérer en tout temps l'endroit où se trouvait l'appellant. Mais, cela mis à part, combien de temps encore faudra-t-il, en cette ère d'explosion technologique, avant qu'on ne mette au point un dispositif capable de suivre à la trace chacun de nos mouvements pendant des périodes indéterminées, et ce, même sans surveillance visuelle? La protection que la loi nous accorde contre l'écoute électronique, nous la devons au fait que les tribunaux des États-Unis, dont s'inspirent largement nos dispositions, ont eu la sagesse d'interdire cette forme de surveillance électronique dès les premiers stades de son développement. Il est donc temps de commencer à réglementer l'utilisation des dispositifs de surveillance électronique au moment où ils n'en sont qu'à leurs débuts et avant que les autorités chargées d'appliquer la loi ne commencent à les utiliser couramment.

The Issue of Public Roads

Perhaps the most interesting argument presented in this appeal is the Crown's contention that the appellant did not have a reasonable expectation of privacy that was violated in this case because the tracking device was only used to locate his whereabouts on public roads. Before going on, I should perhaps observe that this case is not, of course, one where the police are engaged in monitoring the roads or other public place by electronic means or otherwise in the course of regulating or observing what goes on there. What we are dealing with, we saw, is an effort to track the movements of an individual through a device attached to his car, an entirely different matter.

The Crown thus put forth its position on this aspect of the case in its factum:

There is no evidence that the Appellant's vehicle was ever tracked, by means of the beeper, onto private property invisible from the street or onto property where the Appellant was not a trespasser. Furthermore, no permanent electronic recording was made of either the words or activities of the Appellant. It is respectfully submitted that when the Appellant travelled over the public streets he voluntarily conveyed to anyone who wanted to look, the fact that he was travelling over particular roads in a particular direction, and the fact of his final destination when he exited from public roads onto private property. [Emphasis added.]

The Crown supports this position by reference to the decision of the Supreme Court of the United States in *United States v. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983). The *Knotts* case concerned a charge of conspiracy to manufacture controlled substances. Visual surveillance had revealed where the suspects obtained chemicals required to manufacture these substances. An electronic tracking device, similar to the one in the instant case, was placed inside a five gallon drum of chloroform that was eventually purchased by an associate of the accused. The tracking device was used to track the movements of the drum which a co-accused transported in his car to its ultimate location near a

La question de la voie publique

L'argument sans doute le plus intéressant qu'on ait avancé dans ce pourvoi est la prétention du ministère public qu'il n'y a pas eu, en l'espèce, violation d'une attente raisonnable de l'appelant quant au respect de sa vie privée puisque le dispositif de surveillance n'a servi qu'à suivre ses allées et venues sur la voie publique. Avant d'aller plus loin, il convient peut-être de rappeler qu'il ne s'agit évidemment pas d'un cas où des policiers surveillent des routes ou d'autres endroits publics, au moyen d'appareils électroniques ou autres, à des fins de réglementation ou d'observation. Comme nous l'avons vu, il est question ici d'une tentative de suivre les déplacements d'une personne grâce à un dispositif installé dans sa voiture, ce qui est complètement différent.

Le ministère public a formulé ainsi dans son mémoire sa position sur cet aspect du pourvoi:

[TRADUCTION] Il n'y a aucune preuve que le véhicule de l'appelant a fait l'objet, grâce à la balise, d'une surveillance dans une propriété privée invisible de la rue ou dans une propriété où il n'était pas un intrus. De plus, aucun enregistrement électronique permanent n'a été fait des propos ou des activités de l'appelant. On soutient, en toute déférence, qu'en circulant sur la voie publique, l'appelant faisait volontairement comprendre à quiconque se donnait la peine de regarder qu'il circulait sur une route particulière dans une direction particulière, et qu'il indiquait sa destination finale lorsqu'il laissait la voie publique pour pénétrer dans une propriété privée. [Je souligne.]

Le ministère public s'appuie à cet égard sur l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *United States c. Knotts*, 460 U.S. 276 (1983). L'affaire *Knotts* concernait une accusation de complot en vue de fabriquer des substances contrôlées. Une surveillance visuelle avait permis de repérer l'endroit où les suspects se procuraient les produits chimiques nécessaires à la fabrication de ces substances. Un dispositif de surveillance électronique, semblable à celui utilisé en l'espèce, avait été placé à l'intérieur d'un contenant de cinq gallons de chloroforme qu'avait finalement acheté un associé de l'accusé. Ce dispositif de surveillance avait permis de suivre le contenant qu'un coaccusé

cabin in the woods. The police apparently did not rely upon the device from that point on, but set up a three-day visual surveillance of the cabin that ultimately led to the accused's arrest. The court held that using an electronic device to trace an individual's movements on a public road and to his ultimate destination did not violate the Fourth Amendment.

The surveillance in that case was far more limited than in the present case. It consisted simply of following a co-accused on public highways while he was in possession of a specific article, the drum, in respect of which they had reason to suspect an offence was about to be committed. It invaded less than the present case on the personal freedom of the individual. Here the beeper was installed in the appellant's personal automobile and his every move was thereby monitored at all times for months, whatever activity he might be engaging in. Even in *Knotts*, at pp. 283-84, the court left to a later day the situation where the result would be "twenty-four hour surveillance of any citizen . . . without judicial knowledge or supervision". Nonetheless, the court did take the view that there is no expectation of privacy when one ventures onto a public street. At pages 281-82, it stated:

A person traveling in an automobile on public thoroughfares has no reasonable expectation of privacy in his movements from one place to another. When Petschen traveled over the public streets he voluntarily conveyed to anyone who wanted to look the fact that he was traveling over particular roads in a particular direction, the fact of whatever stops he made, and the fact of his final destination when he exited from public roads onto private property.

avait transporté dans sa voiture jusqu'au dernier endroit où il avait été localisé, près d'une cabane dans les bois. À compter de ce moment, la police avait apparemment cessé de se fier au dispositif et avait exercé, pendant trois jours, une surveillance visuelle de la cabane qui avait finalement abouti à l'arrestation de l'accusé. La cour a jugé que l'utilisation d'un dispositif électronique pour suivre les déplacements d'un individu entre le moment où il emprunte la voie publique et sa destination ultime ne violait pas le Quatrième amendement.

La surveillance en cause dans cette affaire était beaucoup plus limitée que dans le présent cas. Elle consistait uniquement à suivre un coaccusé sur la voie publique au moment où il était en possession d'un article précis, soit le contenant, à l'égard duquel les policiers avaient des raisons de soupçonner qu'une infraction était sur le point d'être commise. L'atteinte à la liberté personnelle de l'individu y était moindre qu'en l'espèce. Ici, la balise a été installée dans l'automobile personnelle de l'appelant, permettant ainsi de surveiller en tout temps, pendant des mois, ses moindres déplacements, peu importe l'activité à laquelle il pouvait se livrer. Même dans l'arrêt *Knotts*, la cour, aux pp. 283 et 284, a remis à plus tard l'examen de la situation qui aboutirait à [TRADUCTION] «la surveillance vingt-quatre heures par jour d'un citoyen [...] à l'insu du pouvoir judiciaire ou sans sa supervision». La cour s'est néanmoins dite d'avis qu'il n'y a pas d'attente en matière de respect de la vie privée chez celui qui s'engage sur la voie publique. Voici ce qu'elle affirme, aux pp. 281 et 282:

[TRADUCTION] La personne qui circule en automobile sur la voie publique n'a aucune attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée au cours de ses déplacements d'un endroit à l'autre. Lorsque Petschen a emprunté la voie publique, il a volontairement fait comprendre à quiconque se donnait la peine de regarder le fait qu'il circulait sur une route particulière dans une direction particulière, qu'il faisait des arrêts, et il indiquait sa destination finale lorsqu'il laissait la voie publique pour pénétrer dans une propriété privée.

While the views of that court are undoubtedly entitled to great respect, I make no apology for taking a more rigorous approach to the right of the state to interfere with the citizen's freedom of movement, and as I see it the path proposed by the *Knotts* decision is wholly inconsistent with the principles enunciated in previous pronouncements of this Court. In both *Duarte* and *Wong*, it was made clear that the Court rejected the "risk analysis" approach, i.e., the argument that the risk that an agent of the state will electronically record one's words or actions is but a variant of the risk of having that person disclose the words or actions to another. I have no doubt that the police, like other people, may observe our comings and goings when we place ourselves in open view, and I would also think that they may enhance their visual observations by the use of such instruments as binoculars. This type of observation does not pose grave or overriding threats to individual privacy. But *Duarte* and *Wong* both underlined the potential of uncontrolled electronic surveillance to annihilate privacy, and its consequent danger to individual autonomy and the organization of a free society. They emphasized that these sorts of threats to privacy "are of a different order of magnitude" and "involve different risks to the individual and the body politic"; see *Duarte*, at p. 48. The crucial point is that there is a qualitative difference between the risk one takes that one's movements in a car will be observed by others, including the authorities, and the risk that one's vehicle will be monitored by a device that will follow its every movement. This is the proposition that lies at the heart of the *Wong* decision. It is as if one had an agent of the state in the car constantly reporting one's location. The question that must be asked is "whether, by the standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic society, the agents of the state were bound to conform to the requirements of the *Charter* when effecting the intrusion in question"; see *Wong*, at pp. 45-46.

Bien que les opinions de cette cour aient assurément droit à notre plus grand respect, je n'hésite pas à adopter une conception plus rigoureuse du droit de l'État de porter atteinte à la liberté de mouvement du citoyen et, d'après mon analyse, la voie proposée par l'arrêt *Knotts* est tout à fait incompatible avec les principes énoncés dans des décisions antérieures de notre Cour. Tant dans l'arrêt *Duarte* que dans l'arrêt *Wong*, la Cour a clairement rejeté la méthode de «l'analyse fondée sur le risque», c'est-à-dire l'argument selon lequel le risque qu'un agent de l'État enregistre électroniquement les propos ou les actes d'une personne n'est qu'une variante du risque que cette personne divulgue ces propos ou ces actes à autrui. Je n'ai aucun doute que les policiers ont le droit, comme tous les autres gens, d'observer nos allées et venues lorsque nous sortons en public, et je crois également qu'ils peuvent améliorer la qualité de leurs observations visuelles en se servant d'instruments comme des jumelles. Ce type d'observation ne constitue pas une menace grave ou fondamentale pour la vie privée de l'individu. Mais les arrêts *Duarte* et *Wong* soulignent tous deux la possibilité que la surveillance électronique incontrôlée entraîne la suppression de toute vie privée ainsi que le danger que, par voie de conséquence, elle fait peser sur l'autonomie individuelle et l'organisation d'une société libre. Ces deux arrêts font ressortir que des menaces de ce genre pour la vie privée «ne sont pas du même ordre de grandeur» et «présentent pour les individus et la société des dangers différents»; voir *Duarte*, à la p. 48. Le point crucial est qu'il existe en effet une différence qualitative entre le risque que nos déplacements dans une voiture soient observés par autrui, y compris les autorités, et le risque que notre véhicule fasse l'objet d'une surveillance à l'aide d'un dispositif qui permettra d'en suivre les moindres déplacements. Cette proposition est au cœur de l'arrêt *Wong*. C'est comme si on avait, à bord de l'auto, un agent de l'État qui signalerait constamment l'emplacement de la voiture. La question que l'on doit se poser est donc de savoir «si, en vertu des normes applicables au respect de la vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, les agents de l'État devaient se conformer aux exigences de la *Charte* au moment de

I think that in this case that question must be answered in the affirmative.

The decisions in *Wong* and *Duarte* are predicated on the notion that there exists a crucial distinction between exposing ourselves to the risk that others will see us or overhear our words, and the much more pernicious risk that they will be electronically monitored at the sole discretion of the state. Transposing to the technology in question here, it must follow that there is an important difference between courting the risk that our activities may be observed by other persons and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will track our every move. In both instances, it is constitutionally unacceptable that the state should be allowed to rest a justification for the unauthorized electronic surveillance of a given person on the mere fact that that person had been in a situation where he could be the object of scrutiny on the part of private individuals. To sanction state intrusions on this basis is to blind oneself to the fact that the threat to privacy inherent in courting the ordinary observations of other members of society pales by comparison with the threat to privacy posed by allowing the state to electronically monitor our every movement. Section 8 of the *Charter* exists to protect privacy and not solitude.

As I view the matter, the answer to the question whether a person whose movements were surreptitiously tracked had a reasonable expectation of privacy in given circumstances must not be made to depend on the degree to which that person took measures to shield his or her activities from the scrutiny of other persons. Were that to be the case, the consequences in the crowded conditions of modern life would be unacceptable. We would effectively be shorn of our right to be secure against electronic surveillance the moment we left our dwellings, for a moment's reflection will confirm that as we go about our daily business many,

commettre l'intrusion en cause»; voir *Wong*, aux pp. 45 et 46. J'estime qu'en l'espèce il faut répondre par l'affirmative.

^a Les arrêts *Wong* et *Duarte* sont fondés sur la notion selon laquelle il existe une distinction cruciale entre le fait de s'exposer au risque que d'autres personnes découvrent notre présence ou surprennent notre conversation et celui de s'exposer au risque beaucoup plus pernicious que cette présence ou ces propos soient enregistrés électroniquement à la seule discrétion de l'État. Si l'on transpose cette notion pour l'appliquer à la technologie en cause en l'espèce, il s'ensuit nécessairement qu'il existe une différence importante entre prendre le risque que nos activités soient observées par d'autres personnes et le risque que des agents de l'État, sans autorisation préalable, surveillent nos moindres déplacements. Dans les deux cas, il est constitutionnellement inadmissible de permettre à l'État de justifier la surveillance électronique non autorisée d'une personne donnée en invoquant simplement le fait que cette personne se trouvait dans une situation où elle pouvait être observée par d'autres citoyens. Sanctionner les intrusions de l'État pour ce motif, c'est refuser de voir que la menace pour la vie privée inhérente à la vie en société, dans laquelle nous sommes soumis à l'observation normale d'autrui, n'est rien en comparaison avec la menace que représente pour la vie privée le fait de permettre à l'État de surveiller électroniquement nos moindres déplacements.

^b

^c

^d

^e

^f

^g L'article 8 de la *Charte* vise à protéger la vie privée et non la solitude.

À mon sens, la réponse à la question de savoir si la personne dont les déplacements ont été surveillés clandestinement avait, dans des circonstances données, une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée ne doit pas dépendre de la mesure dans laquelle cette personne a pris des mesures pour soustraire ses activités à la vue d'autrui. Si tel devait être le cas, les conséquences dans la cohue de la vie moderne seraient inacceptables. Nous serions effectivement dépouillés de notre droit à la protection contre la surveillance électronique dès lors que nous quittons notre demeure, puisqu'il suffit de réfléchir un instant pour se ren-

if not the majority, of our activities are inevitably carried out in the plain view of other persons. The prospect that the agents of the state should be free, on account of this fact alone, to make it their business to electronically track all our comings and goings is simply an unthinkable prospect in a free and open society such as ours.

Professor Gutterman has aptly summarized the position in the article cited, *supra*, at pp. 706-7:

Privacy includes control over disclosure of our movements, or else it compels us to live the life of a hermit. Living in society, of necessity, requires the revealing of private information for select purposes without sacrificing the privacy of our daily activities. To limit this freedom a stronger justification than a mechanical incantation of "public exposure" is required. The Court must be reminded of the powerfully eloquent dissent of Justice Brennan that electronic aids add a whole new dimension to surveillance; "[t]hey make it more penetrating, more indiscriminate, more truly obnoxious to a free society. Electronic surveillance, in fact, makes the police omniscient, and police omniscience is one of the most effective tools of tyranny."

As indicated earlier, the grave threat to individual privacy posed by surreptitious electronic tracking of one's movement is such as to require prior judicial authorization. And as *Hunter v. Southam, supra*, instructs us, the issuance of a warrant to conduct a search will ordinarily call for an objective showing of reasonable and probable cause by those seeking the warrant. I see no reason why this should not, at least generally, be the case when one seeks to employ electronic tracking devices in the pursuit of an individual. Given the somewhat less intrusive nature of this means of surveillance, if properly controlled, than electronic audio or video surveillance, a case might be made for empowering a judicial officer in certain circumstances to accept a somewhat lower standard, such as the "solid ground" for suspicion which the peace officers claimed here, if it can be established that such a power is necessary for the control of certain types of dangerous or pernicious crimes. A pas-

dre compte que beaucoup, sinon la majorité, de nos occupations quotidiennes se déroulent inévitablement à la vue d'autrui. Que les agents de l'État puissent, de ce seul fait, se livrer en toute impunité à la surveillance électronique de nos allées et venues est tout simplement impensable dans une société libre et ouverte comme la nôtre.

Le professeur Gutterman a bien résumé cette position dans l'article précité, aux pp. 706 et 707:

[TRADUCTION] La protection de la vie privée n'est assurée que si l'intéressé contrôle la divulgation de ses déplacements; sans ce contrôle, nous devrions nous résoudre à vivre en ermite. La vie en société exige forcément la divulgation de renseignements privés à des fins précises, mais sans pour autant sacrifier le caractère privé de nos activités quotidiennes. Pour restreindre cette liberté, il faudrait une justification plus forte que l'invocation machinale de «l'exposition à la vue du public». La cour ne doit pas oublier la dissidence qu'avait très éloquemment exprimée le juge Brennan en évoquant la dimension entièrement nouvelle que confèrent à la surveillance les moyens électroniques: «[i]ls la rendent plus envahissante, moins ciblée, plus odieuse dans une société libre. En fait, la surveillance électronique rend la police omnisciente, et l'omniscience de la police est l'un des instruments les plus efficaces de la tyrannie.»

Comme je l'ai souligné précédemment, la surveillance électronique clandestine des déplacements d'une personne fait peser sur sa vie privée une menace d'une telle gravité qu'elle exige une autorisation judiciaire préalable. Et comme nous l'enseigne l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, un mandat autorisant à effectuer une fouille ou une perquisition ne sera ordinairement décerné qu'à la condition que ceux qui le sollicitent démontrent objectivement l'existence d'un motif raisonnable et probable de le décerner. Je ne vois pas pourquoi il n'en irait pas ainsi, tout au moins de façon générale, lorsque quelqu'un cherche à utiliser des dispositifs de surveillance électronique à des fins de filature. Étant donné que, dans la mesure où il est soumis à un contrôle approprié, ce moyen de surveillance est moins envahissant que la surveillance électronique audio ou magnétoscopique, on pourrait établir qu'il y a lieu, dans certaines circonstances, d'habiliter un officier de justice à accepter

sage in *Hunter v. Southam*, cited *infra*, contemplates the possibility of varying the standard in certain circumstances, and a lowering of the standard was approved for entry into the country even without judicial authorization in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Still this should not be permissible in the absence of cogent reasons.

There is another aspect of this case that should be noted. It would appear that the police were as much concerned with the protection of the public against an individual they thought was dangerous, as with detecting the source of earlier crimes. *Hunter v. Southam*, *supra*, instructs us that there may be occasions where danger to some person may constitute a ground for lowering the standard. At pages 167-68 of that case, the former Chief Justice, then Dickson J., observed:

History has confirmed the appropriateness of this requirement as the threshold for subordinating the expectation of privacy to the needs of law enforcement. Where the state's interest is not simply law enforcement as, for instance, where state security is involved, or where the individual's interest is not simply his expectation of privacy as, for instance, when the search threatens his bodily integrity, the relevant standard might well be a different one.

Dickson J. was there speaking of the objective standard employed by a judicial officer. The police also have power to act without warrant where this is required for the protection of an individual or property. But I do not think this affords the police a licence to engage in searches, including electronic tracking of a suspect, because they believe that a particular individual may be dangerous, and that he may therefore somewhere, sometime cause harm, even serious harm, to another.

une norme moins rigoureuse, tel le «motif solide» de soupçonner dont se réclamaient les policiers en l'espèce, si l'on peut établir par ailleurs que ce pouvoir est nécessaire pour enrayer certains types de crimes dangereux ou pernicieux. Dans un extrait de l'arrêt *Hunter c. Southam*, cité plus bas, on envisage la possibilité de modifier la norme dans certains cas, et un assouplissement de la norme a été approuvé dans le cas de l'entrée au pays, même sans autorisation judiciaire, dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Cependant, cela ne devrait pas être permis en l'absence de motifs convaincants.

La présente affaire comporte un autre aspect qu'il convient de souligner. Il semblerait en effet que les policiers se souciaient autant ici d'assurer la protection du public contre un individu qu'ils croyaient dangereux que de découvrir l'auteur de crimes antérieurs. Or, l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, nous apprend qu'il peut exister des cas où l'existence d'un danger pour quelqu'un peut justifier l'assouplissement de la norme. Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, fait observer, à p. 168 de cet arrêt:

L'histoire confirme la justesse de cette exigence comme point à partir duquel les attentes en matière de la vie privée doivent céder le pas à la nécessité d'appliquer la loi. Si le droit de l'État ne consistait pas simplement à appliquer la loi comme, par exemple, lorsque la sécurité de l'État est en cause, ou si le droit du particulier ne correspondait pas simplement à ses attentes en matière de vie privée comme, par exemple, lorsque la fouille ou la perquisition menace son intégrité physique, le critère pertinent pourrait fort bien être différent.

Le juge Dickson parlait alors de la norme objective qu'applique un officier de justice. La police a elle aussi le pouvoir d'agir sans mandat lorsque c'est nécessaire pour protéger une personne ou un bien. Mais à mon avis, cela ne lui permet pas d'effectuer des fouilles ou des perquisitions, et notamment de la surveillance électronique d'un suspect, parce qu'elle croit qu'un certain individu peut être dangereux et qu'il peut par conséquent un jour ou l'autre causer quelque part un préjudice, même grave, à autrui.

It may at times be difficult to accept that an individual—even a dangerous individual—should be allowed to escape the clutches of the law because law enforcement bodies must be kept within constitutional norms. But that is the price of freedom. Nor must we mislead ourselves that we are dealing here with mere technicalities. The great American jurist, Brennan J., with characteristic vigour, thus responded to this misconception in a radio interview in 1987:

“Honestly,” Brennan said, raising his voice, “you in the media ought to be ashamed of yourselves to call the provisions and the guarantees of the Bill of Rights ‘technicalities.’ They’re not. They’re very basic to our very existence as the kind of society we are. We are what we are *because* we have those guarantees, and this Court exists to see that those guarantees are faithfully enforced. They are not technicalities! And no matter how awful may be the one who is the beneficiary time and time again, guarantees have to be sustained, even though the immediate result is to help out some very unpleasant person. They’re there to protect all of us.”

See “Profiles: The Constitutionalist”, *The New Yorker*, March 12, 1990, p. 45, at p. 65.

This sets the stage for the discussion of whether the evidence should be rejected under s. 24(2).

Application of s. 24(2) of the Charter

General Considerations

In *R. v. Collins*, *supra*, at pp. 283-84, the present Chief Justice, Lamer J., set forth a number of criteria to be examined in determining whether the admission of evidence obtained in violation of a *Charter* right should be rejected as tending to bring the administration of justice into disrepute, namely:

- what kind of evidence was obtained?
- what *Charter* right was infringed?
- was the *Charter* violation serious or was it of a merely technical nature?

Il peut parfois être difficile d’accepter qu’une personne—même dangereuse—puisse échapper aux rigueurs de la loi parce que les organismes chargés de l’appliquer doivent se conformer à des normes constitutionnelles. Mais tel est le prix de la liberté. Ne nous leurrions pas en pensant qu’il s’agit ici de simples formalités. Avec la vigueur qu’on lui connaît bien, le juge Brennan, éminent juriste américain, a dénoncé cette conception erronée au cours d’une entrevue radiophonique en 1987:

[TRADUCTION] «Franchement», dit le juge Brennan en élevant la voix, «vous des médias devriez avoir honte de qualifier de »formalités« les dispositions et les garanties du Bill of Rights. Elles n’en sont pas. Elles constituent le fondement même de la société dans laquelle nous vivons. C’est *parce que* nous jouissons de ces garanties que nous sommes tels que nous sommes et la raison d’être de notre cour est de veiller à ce que ces garanties soient scrupuleusement respectées. Il ne s’agit pas de formalités! Et si abominable que puisse parfois être la personne qui en bénéficie, les garanties doivent être sauvegardées, même si, dans l’immédiat, cela permet à un individu très déplaisant de s’en tirer. C’est pour notre protection à tous que ces garanties existent.»

Voir «Profiles: The Constitutionalist», *The New Yorker*, 12 mars 1990, p. 45, à la p. 65.

Voilà donc le contexte dans lequel il faut se demander s’il y a lieu d’écarter les éléments de preuve en vertu du par. 24(2).

Application du par. 24(2) de la Charte

Considérations générales

Dans l’arrêt *R. c. Collins*, précité, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a énoncé, aux pp. 283 et 284, un certain nombre de critères à examiner pour déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation d’un droit garanti par la *Charte* doivent être écartés pour le motif qu’ils tendent à déconsidérer l’administration de la justice. Les voici:

- quel genre d’éléments de preuve a été obtenu?
- quel droit conféré par la *Charte* a été violé?
- la violation de la *Charte* était-elle grave ou s’agissait-il d’une simple irrégularité?

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - was it deliberate, wilful or flagrant, or was it inadvertent or committed in good faith? - did it occur in circumstances of urgency or necessity? - were there other investigatory techniques available? - would the evidence have been obtained in any event? - is the offence serious? - is the evidence essential to substantiate the charge? - are other remedies available? | <ul style="list-style-type: none"> - la violation était-elle intentionnelle, volontaire ou flagrante, ou a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi? - la violation a-t-elle eu lieu dans une situation d'urgence ou de nécessité? - aurait-on pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête? - les éléments de preuve auraient-ils été obtenus en tout état de cause? - s'agit-il d'une infraction grave? - les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation? - existe-t-il d'autres recours? |
|--|---|

Lamer J. then grouped these factors into three general categories: (1) those affecting the fairness of the trial; (2) those relating to the seriousness of the violation; and finally (3) those relating to the effect on the reputation of the administration of justice. He added that the impact of the evidence on the fairness of the trial was the most important consideration under s. 24(2). See also *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59.

Le juge Lamer a regroupé ensuite ces facteurs en trois grandes catégories: (1) ceux qui portent atteinte à l'équité du procès, (2) ceux qui se rapportent à la gravité de la violation, et enfin (3) ceux qui se rapportent à l'effet sur la considération dont jouit l'administration de la justice. Il a ajouté que l'incidence de la preuve sur l'équité du procès étaient le facteur le plus important à prendre en considération sous le régime du par. 24(2). Voir également *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559.

The trial judge and the Court of Appeal differed in their application of the above factors to the case at bar. The Court of Appeal emphasized that while the action of the police was deliberate, it was undertaken in good faith, and only after other investigatory techniques had proved futile. Considering that the police were investigating a possible serial killer, it thought the technique employed was reasonable for both the investigation and prevention of crime. The court was of the opinion that the evidence was not "conscriptive" of the accused in that he was not compelled by the police to do anything, but rather went everywhere in his automobile of his own accord.

Le juge du procès et la Cour d'appel ont exprimé des opinions divergentes sur l'application des facteurs précités à l'espèce. La Cour d'appel a souligné, pour sa part, que même si la police avait agi délibérément, elle l'avait fait de bonne foi et seulement après avoir constaté l'inefficacité d'autres méthodes d'enquête. Vu que la police enquêtait sur l'auteur possible d'une série de meurtres, la cour a estimé que la méthode utilisée était raisonnable tant aux fins de l'enquête qu'à celles de la prévention du crime. La cour s'est dite d'avis que les éléments de preuve recueillis n'avaient pas été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même dans la mesure où celui-ci n'avait pas été contraint par la police de faire quoi que ce soit, mais s'était plutôt rendu en automobile par tout où il le voulait.

The trial judge, on the other hand, stressed that the police action was a planned and on-going invasion of the appellant's rights that continued

Le juge du procès a, quant à lui, mis l'accent sur le fait que l'action de la police constituait une violation planifiée et continue des droits de l'appellant,

twenty-four hours a day for a period of at least one month. In his opinion, the police were not operating on reasonable and probable cause, but on mere suspicion. He also found that the evidence was conscriptive of the accused in that the appellant produced the evidence by effectively operating the device by driving it around in his car.

Before going on, I should again draw attention to the fact that the breach of the s. 8 right in this case has two different aspects. The manner in which the police installed the beeper involved entering into and damaging (albeit in a minor manner) the interior of the car at a time when they had no warrant to be there. This constituted an illegal trespass, and one moreover that took place in an area where the appellant had a reasonable expectation of privacy. It was this aspect of the breach on which the Court of Appeal focussed. As we saw, however, s. 8 was also violated by the use of the beeper to monitor the appellant's every movement. It was this aspect on which the trial judge focussed. In my view, both aspects deserve to be considered. I turn now to a discussion of the various factors grouped in the manner suggested in *Collins*.

Trial Fairness—The Kind of Evidence

In discussing the factors affecting the fairness of the trial, Lamer J. emphasized the importance of distinguishing between real and conscriptive evidence. While this distinction is undoubtedly useful in many contexts, it would pose serious problems for the fairness of a trial if it were to be adopted as a hard and fast rule, and I do not think this is what Lamer J. had in mind. I had occasion to deal with this question in dealing with the problems relating to derivative evidence in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commis-*

qui s'est poursuivie vingt-quatre heures par jour pendant au moins un mois. À son avis, la police avait agi non pas en se fondant sur un motif raisonnable et probable, mais sur la foi d'un simple soupçon. Il a également estimé que les éléments de preuve avaient été obtenus en mobilisant l'accusé contre lui-même en ce sens que c'est l'appelant qui a produit la preuve en faisant fonctionner le dispositif lorsqu'il se servait de sa voiture.

Avant d'aller plus loin, j'aimerais à nouveau attirer l'attention sur le double aspect que revêt, en l'espèce, la violation du droit garanti par l'art. 8. Pour installer la balise comme ils l'ont fait, les policiers ont dû pénétrer dans la voiture et y causer un dommage (quoique mineur), et ce, à un moment où ils n'agissaient pas en vertu d'un mandat. Ce geste a constitué une intrusion illégale qui, par surcroît, a été commise dans un lieu où l'appelant s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée. C'est sur cet aspect de la violation que la Cour d'appel s'est concentrée. Comme nous l'avons vu cependant, la violation de l'art. 8 a également consisté à utiliser la balise pour surveiller chacun des déplacements de l'appelant. C'est sur ce second aspect que le juge du procès a fait porter son analyse. À mon avis, les deux aspects valent d'être pris en considération. Examinons maintenant les différents facteurs selon le regroupement suggéré dans l'arrêt *Collins*.

Équité du procès—Le genre de preuve

En examinant les facteurs qui portent atteinte à l'équité du procès, le juge Lamer a souligné l'importance d'établir une distinction entre preuve matérielle et preuve obtenue en mobilisant l'accusé contre lui-même. Bien qu'il ne fasse pas de doute que cette distinction soit utile dans de nombreux contextes, elle soulèverait de graves problèmes d'équité du procès si on en faisait une règle immuable, et je ne crois pas que c'est ce que le juge Lamer avait à l'esprit. J'ai eu l'occasion d'aborder cette question en traitant des problèmes relatifs à la preuve dérivée dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S.

sion), [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 548-63. At page 552, I had this to say:

I would first of all note that I do not believe that in drawing this distinction, Lamer J. intended to draw a hard and fast line between real evidence obtained in breach of the *Charter* and all other types of evidence that could be so obtained. He did not merely say that the admission of real evidence would generally not affect the fairness of the trial of the accused; he said, at p. 284, that it would not generally affect the fairness of the trial because it “existed irrespective of the violation of the Charter” (emphasis added). Similarly, in reference to confessions “or other evidence emanating” from the accused, he noted that “it did not exist prior to the violation” (emphasis added). I think this clearly indicates that what Lamer J. had in mind was the much broader distinction between evidence which the accused has been forced to create, and evidence which he or she has been forced to merely locate or identify. In other words, he had in mind the kind of distinction which I have attempted to draw between compelled testimony and evidence derived from compelled testimony. [Emphasis in original.]

The fact that evidence already existed means that it could have been discovered in any event. That is not so where the evidence would not have existed but for the *Charter* breach. At page 553 of *Thomson Newspapers*, I added:

A breach of the *Charter* that forces the eventual accused to create evidence necessarily has the effect of providing the Crown with evidence it would not otherwise have had. It follows that the strength of its case against the accused is necessarily enhanced as a result of the breach.

I then added that this is the very kind of prejudice the right against self-incrimination and the right to counsel were intended to protect, and referred to several cases, notably *R. v. Black*, [1989] 2 S.C.R. 138, and *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, supporting this method of approach to s. 24(2) in other contexts.

In the present case, the distinction between real and conscriptive evidence does not appear all that useful and, indeed, is not easy to make. The evidence is not really conscriptive in the sense that the accused was never induced by the police to create evidence against himself. However, as the trial judge notes, as a result of the employment of

425, aux pp. 548 à 563. Voici ce que j’ai affirmé, aux pp. 552 et 553:

Je soulignerais d’abord que je ne crois pas qu’en faisant cette distinction, le juge Lamer a voulu établir une ligne de démarcation stricte entre une preuve matérielle obtenue d’une manière contraire à la *Charte* et tous les autres types de preuve qui peuvent être obtenus ainsi. Il n’a pas simplement affirmé que l’utilisation d’une preuve matérielle ne porterait généralement pas atteinte à l’équité du procès de l’accusé; il a affirmé, à la p. 284, qu’elle ne porterait généralement pas atteinte à l’équité du procès parce qu’elle «existe indépendamment de la violation de la Charte» (je souligne). De même, en ce qui concerne les confessions «ou d’autres preuves émanant» de l’accusé, il a souligné qu’elles «n’existaient pas avant la violation» (je souligne). Je crois que cela indique clairement que le juge Lamer avait à l’esprit la distinction beaucoup plus générale entre la preuve que l’accusé a été forcé de créer et celle qu’il a été forcé simplement à situer ou à identifier. En d’autres termes, il avait à l’esprit le genre de distinction que j’ai tenté d’établir entre un témoignage forcé et une preuve dérivée de ce témoignage. [Souligné dans l’original.]

Le fait que la preuve existait déjà signifie qu’elle aurait pu être découverte de toute façon. Ce qui n’est pas le cas lorsque la preuve n’aurait pas existé n’eût été la violation de la *Charte*. J’ai ajouté, à la p. 553 de l’arrêt *Thomson Newspapers*:

Une violation de la *Charte* qui force l’accusé éventuel à créer une preuve a nécessairement pour effet de fournir à la poursuite une preuve qu’elle n’aurait pu obtenir autrement. Il s’ensuit que sa preuve contre l’accusé se trouve nécessairement renforcée par suite de la violation.

J’ai poursuivi en disant que c’est exactement le genre de préjudice que le droit de ne pas s’incriminer et le droit à un avocat visent à prévenir. Je me suis reporté à plusieurs arrêts, en particulier les arrêts *R. c. Black*, [1989] 2 R.C.S. 138, et *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, qui appuient cette façon d’aborder le par. 24(2) dans d’autres contextes.

Or en l’espèce, la distinction entre preuve matérielle et preuve obtenue en mobilisant l’accusé contre lui-même ne paraît pas d’une grande utilité et n’est d’ailleurs pas facile à établir. En effet, les éléments de preuve recueillis n’ont pas vraiment été obtenus en mobilisant l’accusé contre lui-même, en ce sens que ce dernier n’a jamais été

the tracking device, the appellant was potentially creating evidence against himself every single time he went out in his car. Such evidence would not have existed were it not for the tracking device because visual contact with the accused had been lost. In short, a large part of the evidence against the accused is that he was tracked by unconstitutional means to the area where the crime occurred. It seems to me, therefore, that this factor weighs in favour of the appellant.

The Seriousness of the Violation

I turn, then, to the second category of factors, those relating to the seriousness of the violation. There can be little doubt that the violation in this case was serious. Although the police ostensibly acted in good faith, the violation was of such an intrusive and long-lasting nature that I believe that no other conclusion is possible. It might be noted that the search in this case appears to have been part of a larger pattern of disregard for the appellant's rights. The police actually held a press conference where they all but identified the appellant as a suspect (the press identified him the next day) even though they admitted that they did not have enough evidence at that time to arrest him. The appellant was, not surprisingly, "hounded" by the media from that point forward.

The intrusion into the interior of the appellant's automobile, in complete disregard of his rights, even after a search warrant had failed to provide evidence, is, by itself, of a serious nature. The words of Sopinka J. in *Kokesch, supra*, are equally apt here. He stated, at p. 29:

From the point of view of individual privacy, which is the essential value protected by s. 8 of the *Charter*, this illegal intrusion onto private property must be seen as far from trivial or minimal. Even before the enactment of the *Charter*, individuals were entitled to expect that their environs would be free of prowling government officials unless and until the conditions for the

incité par la police à créer une preuve contre lui-même. Cependant, comme le fait remarquer le juge du procès, l'appelant était, par suite de l'emploi du dispositif de surveillance, susceptible de créer une preuve contre lui-même chaque fois qu'il sortait en voiture. Cette preuve n'aurait pas existé n'eût été le dispositif de surveillance, puisqu'on avait perdu de vue l'accusé. En somme, une grande partie de la preuve obtenue contre l'accusé repose sur le fait qu'il a été suivi, par des moyens inconstitutionnels, jusqu'à l'endroit où le crime a été commis. Il me semble, par conséquent, que ce facteur joue en faveur de l'appelant.

La gravité de la violation

J'aborde maintenant la deuxième catégorie de facteurs, ceux qui se rapportent à la gravité de la violation. En l'espèce, il n'y a pas de doute que la violation est grave. Bien que la police ait manifestement agi de bonne foi, la violation a été si envahissante et s'est déroulée sur une période si longue qu'il est impossible, à mon avis, d'en venir à une autre conclusion. On pourrait noter que, dans le cas qui nous occupe, la fouille paraît résulter d'un mépris systématique des droits de l'appelant. La police a d'ailleurs tenu une conférence de presse où elle a failli identifier l'appelant comme suspect (son nom a été révélé dans la presse le lendemain) même si elle a admis qu'il n'y avait pas alors suffisamment de preuve contre lui pour l'arrêter. Il n'est pas surprenant qu'à compter de ce moment, il ait été pourchassé par les médias.

L'intrusion dans l'automobile de l'appelant, résultant d'un mépris total de ses droits, même après qu'un mandat de perquisition n'eut pas permis de découvrir des éléments de preuve est, en soi, un acte grave. Le juge Sopinka s'est exprimé, dans l'arrêt *Kokesch*, précité, en des termes qui s'appliquent également à la présente affaire. Il y dit, à la p. 29:

Sur le plan de la vie privée, qui est la valeur essentielle protégée par l'art. 8 de la *Charte*, cette intrusion illégale dans une propriété privée n'est ni anodine ni minimale. Même avant l'adoption de la *Charte*, les particuliers avaient le droit de s'attendre à ce que leur environnement soit protégé contre des fonctionnaires fureteurs, à moins que ceux-ci ne satisfassent aux conditions

exercise of legal authority are met: see *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; and *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2. The elevation of that protection to the constitutional level signifies its deep roots in our legal culture.

If the intrusion on even the environs of a house is objectionable, the same can surely be said of intrusions into the interior of an individual's automobile.

I turn then to whether the police acted in good faith, or flagrantly. I referred a moment ago to the "ostensible good faith" of the police officers. I understand that the police were faced with a difficult situation. Over a period of several years there had been a number of killings in the area of which the accused had been suspected. Some time between May 17 and when the warrant was obtained some two months later, an anonymous phone call was made to a news information office claiming responsibility for the latest killing and stating that "there's going to be a lot more". The police had some circumstantial evidence that could be seen as linking the accused to several of the previous murders and were concerned with preventing a further crime. But as Sopinka J. observed in *Kokesch*, at p. 30, in determining whether a s. 8 violation was committed in "good faith" or was "flagrant", it must be remembered that these words are terms of art in s. 24(2) cases. In performing the task, one of the first questions to ask is whether the police had reasonable and probable cause. That is underlined in *Kokesch* and also figures large in *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, at pp. 795, 796 and 799. In the present case the trial judge held the police had no reasonable and probable grounds, and they themselves admitted it. What they claimed to have, and this is precisely what the police claimed in *Kokesch*, at p. 31, where the evidence was rejected, was that they had "solid grounds".

requis pour exercer leurs pouvoirs légaux: voir les arrêts *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; et *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2. L'élévation de cette protection au niveau constitutionnel indique son enracinement profond dans notre culture juridique.

Si une intrusion limitée aux environs d'une résidence est inacceptable, on peut assurément en dire autant de l'intrusion dans l'automobile d'un particulier.

Je passe maintenant à la question de savoir si la police a agi de bonne foi ou si elle a commis une violation flagrante. J'ai dit précédemment que les policiers avaient «manifestement agi de bonne foi». Je suis conscient qu'ils étaient confrontés à une situation difficile. Pendant plusieurs années, il y avait eu, dans la région, une série de meurtres dont l'accusé avait été soupçonné. Entre le 17 mai et la date à laquelle a été obtenu le mandat, soit quelque deux mois plus tard, une salle des nouvelles avait reçu un appel téléphonique anonyme dans lequel on revendiquait la responsabilité du meurtre le plus récent et on affirmait que [TRADUCTION] «il y en aurait encore beaucoup d'autres». La police possédait des éléments de preuve circonstancielle pouvant être considérés comme reliant l'accusé à plusieurs des meurtres antérieurs et voulait empêcher la perpétration d'un nouveau crime. Mais comme l'a fait observer le juge Sopinka dans l'arrêt *Kokesch*, à la p. 30, il faut, pour déterminer si une violation de l'art. 8 a été commise de «bonne foi» ou si elle était «flagrante», se rappeler qu'il s'agit là de termes techniques dans les affaires relatives au par. 24(2). Or, l'une des premières questions que l'on doit poser à cet égard est celle de savoir si la police avait des motifs raisonnables et probables. Cela est souligné dans l'arrêt *Kokesch* et est traité longuement dans l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, aux pp. 795, 796 et 799. En l'espèce, le juge du procès a conclu que les policiers n'avaient aucun motif raisonnable et probable pour agir, ce qu'ils ont d'ailleurs eux-mêmes admis. Mais ils prétendent, et c'est précisément l'argument que la police a fait valoir dans l'affaire *Kokesch*, à la p. 31, où la preuve a été rejetée, qu'ils avaient des «motifs solides».

Kokesch, at p. 28, and the cases there cited are also authority for the view that “the unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques is neither an excuse nor a justification for constitutionally impermissible investigative techniques”. The police might well be excused for believing that they had the right to use an electronic tracking device, though the fact that the *Criminal Code* prohibits the use of more established electronic devices without authorization, and then only for a limited time, should have given them pause. But the police have no excuse concerning the manner in which they installed the device. I would have thought it elementary that everyone knows or should know they have no right to enter into a person’s automobile and do damage. The police here certainly knew they needed a warrant to search the car, and that the warrant they had obtained did not permit what they did, and indeed had expired. To repeat the words of Sopinka J. in *Kokesch*, *supra*, at p. 32:

Either the police knew they were trespassing, or they ought to have known. Whichever is the case, they cannot be said to have proceeded in “good faith”, as that term is understood in s. 24(2) jurisprudence.

I conclude, then, that the *Charter* violation was very serious and not mitigated by good faith on the part of the police officers.

Disrepute

Finally, I must consider the factors relating to whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, and the fact that the accused cannot be convicted on the basis of the remaining evidence. The seriousness of the offence investigated certainly militates in favour of inclusion given that the police were also concerned with the real possibility of preventing a future crime, and not just with obtaining evidence. However, the seriousness of the crime and the proclivities of the accused must not be viewed as

À la page 28 de l’arrêt *Kokesch*, ainsi que dans la jurisprudence qui y est citée, on reconnaît le principe selon lequel «l’inexistence d’autres méthodes d’enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n’est ni une excuse ni une justification pour utiliser des méthodes d’enquête inadmissibles sur le plan constitutionnel». La police pourrait peut-être bien être excusée pour le motif qu’elle croyait avoir le droit de recourir à un dispositif de surveillance électronique, même si le fait que le *Code criminel* prohibe l’usage sans autorisation et limite la durée d’emploi de dispositifs électroniques plus reconnus, aurait dû la faire réfléchir. Mais là où la police n’a aucune excuse, c’est quant à la façon dont le dispositif a été installé. Il me semble aller de soi que chacun sait ou devrait savoir qu’on n’a pas le droit de pénétrer dans l’automobile d’autrui et d’y causer des dommages. En l’occurrence, les policiers savaient pertinemment qu’ils devaient posséder un mandat pour fouiller la voiture, que celui qu’ils avaient obtenu ne leur permettait pas d’agir comme ils l’ont fait, et même qu’il était expiré. Pour reprendre les propos tenus par le juge Sopinka dans l’arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 32:

Ou bien les policiers savaient que c’était une intrusion, ou bien ils auraient dû le savoir. Dans l’un ou l’autre cas, on ne peut pas dire qu’ils ont agi «de bonne foi», au sens où on l’entend dans la jurisprudence fondée sur le par. 24(2).

Je conclus donc que la violation de la *Charte* était très grave et qu’elle n’est pas atténuée par la bonne foi des policiers.

Déconsidération de la justice

En dernier lieu, il me faut examiner les facteurs relatifs à la question de savoir si l’utilisation des éléments de preuve contestés est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice, et au fait que l’accusé ne peut être déclaré coupable sur le fondement des autres éléments de preuve. La gravité de l’infraction faisant l’objet de l’enquête milite à coup sûr en faveur de leur utilisation étant donné non seulement que les policiers voulaient obtenir des éléments de preuve, mais encore qu’ils se souciaient réellement d’empêcher la perpétra-

ensuring admissibility. In both *Greffe, supra*, and *Kokesch*, there is every reason to think the accused there were, in the Court's view, certainly guilty of a serious crime and would, if the opportunity presented itself, continue in their unlawful activities. At all events, one must not forget that the proper limits placed on police authority apply at all stages of law enforcement. As Dickson J. put it in *Hunter v. Southam, supra*, at p. 167:

The state's interest in detecting and preventing crime begins to prevail . . . where credibly-based probability replaces suspicion. [Emphasis added.]

In a free society the police cannot be permitted to conduct the sort of intrusive search carried on in this case based on mere suspicion, even strong suspicion. That is clearly unacceptable in a free society, and in my opinion would bring the administration of justice into disrepute.

Here the police did not have reasonable and probable cause; they, themselves, did not think they did, a conclusion confirmed by the trial judge's finding. They might at one stage have had reasonable and probable cause sufficient to support a warrant to search the appellant's house and vehicle, and indeed, they were able to obtain such a warrant. However, when these searches turned up nothing to identify the appellant with the crime, this negated some of the grounds upon which the police had relied. For example, the police had hypothesized that a pair of work gloves contained in the back seat had been used in the commission of the crime and that they might contain red paint chips from forcing open the freshly painted side door to the garage of the King house. No paint chips were found. It seems to me that proceeding further, after the search turned up nothing, amounted to acting on mere suspicion. (It is true that some of the analytical tests had not yet been completed on the evidence obtained from the accused's home when the tracking device was

tion d'un nouveau crime. Cependant, la gravité du crime et les propensions de l'accusé ne doivent pas être considérées comme une garantie d'admissibilité. Tout indique en effet, tant dans l'arrêt *Greffe*, précité, que dans l'arrêt *Kokesch*, que l'accusé était, de l'avis de la Cour, sûrement coupable d'un crime grave et qu'il continuerait, s'il en avait l'occasion, à se livrer à des activités illégales. En tout état de cause, il ne faut pas oublier que les limites dûment imposées au pouvoir de la police s'appliquent à toutes les étapes du processus d'application de la loi. Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, aux pp. 167 et 168:

Le droit de l'État de déceler et de prévenir le crime commence à l'emporter [. . .] lorsque les soupçons font place à la probabilité fondée sur la crédibilité. [Je souligne.]

Dans une société libre, on ne saurait permettre à la police d'effectuer une fouille ou perquisition envahissante comme celle effectuée en l'espèce sur la foi d'un simple soupçon, et même d'un fort soupçon. Cela est clairement inadmissible dans une société libre et est, à mon avis, susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Les policiers n'avaient, en l'espèce, aucun motif raisonnable et probable d'agir; eux-mêmes ne croyaient pas en avoir, ce qu'a d'ailleurs confirmé la conclusion du juge du procès. Il se peut qu'à un moment donné ils aient eu des motifs suffisamment raisonnables et probables pour justifier la délivrance d'un mandat les autorisant à perquisitionner au domicile de l'appellant et à fouiller son véhicule, et, en fait, ils ont pu obtenir ce mandat. Cependant, étant donné que cette perquisition et cette fouille n'ont pas permis de relier l'appellant au crime, cela a eu pour effet d'annihiler certains des motifs invoqués par la police. Par exemple, la police avait émis l'hypothèse que la paire de gants de travail trouvée sur le siège arrière avait servi à perpétrer le crime et qu'on y découvrirait peut-être des traces de peinture rouge provenant de la porte latérale du garage de la maison de King, qui venait d'être repeinte et qui avait été forcée. Or on n'a trouvé aucune trace de peinture. Il me semble que pousser plus loin l'investigation, après que la perquisition et la fouille n'eurent abouti à rien, reve-

implanted; however, even after these tests turned out to be negative the tracking continued.) Under these circumstances, the police were free to keep the appellant under surveillance, but absent something more, there was no adequate ground for installing the tracking device in the appellant's car.

In particular, the police should not have invaded the interior of the appellant's automobile, and so his privacy, to obtain evidence. As I noted earlier, this was only one aspect of their total disregard of the elementary duty and prudence that should be employed in conducting police investigations. I noted that they went to the length of virtually informing the public that the appellant was the likely perpetrator of multiple homicides, even though they lacked reasonable and probable cause. As Sopinka J. noted in *Kokesch, supra*, at p. 35:

This Court must not be seen to condone deliberate unlawful conduct designed to subvert both the legal and constitutional limits of police power to intrude on individual privacy. As Dickson C.J. stated in *Genest, supra*, at p. 92: "the breach was not merely technical or minor". The violation of s. 8 of the *Charter* that occurred in this case must be regarded as flagrant, and the disrepute to the justice system that would necessarily result from the admission of the impugned evidence cannot be counterbalanced by speculation about the disrepute that might flow from its exclusion.

This Court has frequently expounded the importance for the protection of the individual and the state, and indeed the law enforcement authorities themselves, to stay within the bounds of the constitutional and legal rules governing law enforcement, which be it noted allow for some leeway for exigent circumstances, circumstances that did not exist in this case. Looking at the whole of the matter, I cannot help but think the police officers here conducted themselves with the excessive zeal against which Brandeis J. long ago warned us.

nait à agir sur la foi d'un simple soupçon. (Il est vrai qu'au moment où le dispositif de surveillance a été installé, certains tests effectués sur les éléments de preuve recueillis à la résidence de l'appellant n'étaient pas encore terminés; toutefois, la surveillance a continué même une fois que ces tests se furent révélés négatifs.) Dans ces circonstances, il était loisible à la police de poursuivre la surveillance de l'appellant mais, faute d'autres indices, elle n'avait pas de motif suffisant pour installer le dispositif de surveillance dans sa voiture.

Les policiers n'auraient pas dû, notamment, pénétrer dans l'automobile de l'appellant et ainsi porter atteinte à sa vie privée, afin de recueillir des éléments de preuve. Comme je l'ai dit précédemment, ce n'était là qu'une manifestation de leur mépris total de la prudence et du soin élémentaires avec lesquels ils doivent mener leurs enquêtes. Comme je l'ai souligné, ils ont pratiquement révélé au public que l'appellant était l'auteur probable des homicides multiples, sans même avoir de motifs raisonnables et probables de le faire. Comme l'a fait observer le juge Sopinka dans l'arrêt *Kokesch*, précité, à la p. 35:

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

Notre Cour a, à maintes reprises, fait ressortir l'importance, tant pour la protection des citoyens que pour celle de l'État et même des autorités chargées d'appliquer la loi, du respect des règles constitutionnelles et légales qui régissent l'application de la loi. Ces règles permettent jusqu'à un certain point de tenir compte de circonstances urgentes, qui n'existaient pas en l'espèce. Considérant l'ensemble de l'affaire, je ne puis m'empêcher de penser que les policiers, en l'espèce, ont fait montre de l'excès de zèle contre lequel le juge Brandeis nous

“The greatest dangers to liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding”; see *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), at p. 479, cited in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 436-37.

I conclude, then, that the long-term consequences of admitting evidence obtained in circumstances like this on the integrity of our system of justice outweigh the harm done by this accused being acquitted. The end does not justify the means. We must respect our constitutional values and not barter them away for short-term gains. I refer again to the remarks of Brennan J., cited earlier, for the proposition that, though we must pay a price, the rigorous enforcement of our constitutional values enures to the benefit of all of us.

Disposition

For these reasons, I would allow the appeal and restore the acquittal.

The reasons of Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have read the reasons for judgment proposed by my colleagues, Justices La Forest and Cory, and find that I am in agreement with the result reached by La Forest J. I would dispose of the appeal on more limited grounds leaving for another occasion the broader issue as to whether surreptitious electronic tracking of the kind involved in this case can only be carried out pursuant to prior judicial authorization prescribed by statute.

As my colleagues both point out, the Crown has quite properly conceded that the installation of the tracking device in the appellant’s automobile constitutes an unreasonable search or seizure so as to violate s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The facts are so similar to those in *R. v.*

a il y a longtemps mis en garde. [TRADUCTION] «Les plus grands dangers pour la liberté résident dans les empiétements insidieux de la part d’hommes zélés, de bonne volonté mais inconscients»; voir l’arrêt *Olmstead c. United States*, 277 U.S. 438 (1928), à la p. 479, cité dans l’arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 436 et 437.

b Je conclus alors que les conséquences à long terme de l’utilisation d’éléments de preuve obtenus en pareilles circonstances sur l’intégrité de notre système de justice l’emportent sur le tort que pourrait causer l’acquiescement de l’accusé en l’espèce. La fin ne justifie pas les moyens. Nous devons respecter nos valeurs constitutionnelles et ne pas les troquer contre des gains à court terme. Je me reporte de nouveau à l’observation précitée du juge Brennan selon laquelle, bien qu’il faille en payer le prix, c’est à nous tous que profite le respect rigoureux de nos valeurs constitutionnelles.

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d’acquiescement.

f Version française des motifs des juges Sopinka et Iacobucci rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J’ai pris connaissance des motifs de jugement rédigés par mes collègues, les juges La Forest et Cory, et je souscris à la conclusion à laquelle a abouti le juge La Forest. Je suis d’avis de trancher le pourvoi sur la base de motifs plus limités et de réserver à une autre occasion l’examen de la question plus générale de savoir si la surveillance électronique clandestine du genre de celle dont il est question dans la présente affaire peut être exercée seulement en conformité avec une autorisation judiciaire préalable requise par la loi.

i Comme mes collègues le soulignent tous les deux, le ministère public a reconnu tout à fait à bon droit que l’installation du dispositif de surveillance dans l’automobile de l’appelant constitue une fouille ou une saisie abusives au point de violer l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et*

Kokesch, [1990] 3 S.C.R. 3, that it would be difficult, if not impossible, to come to a different result with respect to violation of s. 8. In both cases, a trespass by the police which the police knew or ought to have known was unlawful, enabled them to engage in surveillance of the activities of a suspect which eventually led to the discovery of incriminating evidence. In both cases, the nexus between the trespass, the surveillance and the discovery of the evidence is sufficient to conclude that the evidence was obtained in a manner that violates the *Charter*. It is not necessary here, as it was not in *Kokesch*, to consider whether the surveillance itself, in the absence of trespass, would violate s. 8. While I agree with my colleague La Forest J. that legislation is desirable in this area, I would refrain from expressing an opinion as to the form that it should take. I am not prepared to say in advance whether prior judicial authorization will be necessary or whether statutory authority *simpliciter* will suffice.

I agree with my colleague, La Forest J., that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute and, in conformity with s. 24(2) of the *Charter*, the evidence should be rejected. In my opinion, we would attribute to the arbiter of this question too high a degree of subtlety if we tried to distinguish this case from *Kokesch*. I do not think that there is a sufficient distinction between entering onto private premises (not the dwelling itself) and unlawfully damaging the seat of an automobile to warrant a different result. The significant fact for *Charter* purposes is the illegal trespass knowingly committed by the police. Nor do I view the fact that in this case the police suspected the appellant of a more serious offence as a significant distinction. Mere suspicion remains just suspicion and it cannot be used to redeem *Charter* violations on the basis of the nature of the offence suspected.

libertés. Les faits ressemblent tellement à ceux de l'affaire *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, qu'il serait difficile, voire impossible, d'aboutir à une conclusion différente en ce qui concerne la violation de l'art. 8. Dans les deux cas, une intrusion commise par des policiers, que ceux-ci savaient ou auraient dû savoir illégale, leur a permis de surveiller les activités d'un suspect et de découvrir éventuellement des éléments de preuve incriminants. Dans les deux cas, le lien entre l'intrusion, la surveillance et la découverte des éléments de preuve est suffisant pour conclure que ces éléments ont été obtenus d'une façon contraire à la *Charte*. Il n'est pas nécessaire ici, comme il ne l'était pas non plus dans l'affaire *Kokesch*, de se demander si la surveillance elle-même, en l'absence d'intrusion, violerait l'art. 8. Bien que je convienne avec mon collègue le juge La Forest qu'il est souhaitable de légiférer dans ce domaine, je m'abstiens d'exprimer une opinion quant à la forme que cette législation devrait revêtir. Je ne suis pas prêt à dire à l'avance s'il faudra obtenir préalablement une autorisation judiciaire ou si un simple pouvoir conféré par la loi suffira.

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que l'utilisation des éléments de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et, conformément au par. 24(2) de la *Charte*, ils devraient être écartés. J'estime que nous attribuons à l'arbitre de cette question un degré trop élevé de subtilité si nous tentions d'établir une distinction entre la présente affaire et l'affaire *Kokesch*. Je ne crois pas qu'il existe une différence suffisante entre le fait de pénétrer dans des lieux privés (autres que la résidence elle-même) et le fait de causer illégalement des dommages au siège d'une voiture pour justifier une conclusion différente. Le fait important aux fins de la *Charte* est l'intrusion illégale commise sciemment par les policiers. Je ne considère pas non plus comme une différence importante le fait que les policiers, en l'espèce, soupçonnaient l'appelant d'avoir commis une infraction plus grave. Le simple soupçon demeure seulement un soupçon et il ne saurait servir à racheter des violations de la *Charte* en raison de la nature de l'infraction dont on soupçonne l'existence.

I would dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

Appeal dismissed, LA FOREST, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Scott & Ayles, Ottawa.

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

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge La Forest.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Scott & Ayles, Ottawa.

Procureur de l'intimé: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

v.

Albert Sinclair, Cécile Turgeon, Fernando Boutin, Yvon Lafrenière, Richard Laszczewski and the Comité de défense des droits démocratiques des citoyens de Noranda *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba and Alliance Quebec, Alliance for Language Communities in Quebec *Interveners*

and

City of Noranda, City of Rouyn, Réal Bordeleau and Daniel Samson *Mis en cause*

INDEXED AS: SINCLAIR v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 21762.

1991: October 9; 1992: February 27.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory, McLachlin and Stevenson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Language guarantees — Instruments of legislative nature — Quebec legislation amalgamating two cities — Legislative process divided into a series of discrete steps — Whether all instruments, from ministerial order postponing municipal elections to notification of the issuance of letters patent for new city, must comply with s. 133 of Constitution Act, 1867 — An Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48.

The Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, which was aimed at amalgamating the two cities under certain conditions, came into force in 1985. The Minister of Municipal Affairs ordered the postponement of the election in Rouyn pursuant to s. 19 of the Act and,

Le procureur général du Québec *Appelant*

c.

^a **Albert Sinclair, Cécile Turgeon, Fernando Boutin, Yvon Lafrenière, Richard Laszczewski et le Comité de défense des droits démocratiques des citoyens de Noranda** *Intimés*

et

^c **Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba et Alliance Québec, Alliance pour les communautés linguistiques au Québec** *Intervenants*

^d et

Cité de Noranda, Cité de Rouyn, Réal Bordeleau et Daniel Samson *Mis en cause*

^e RÉPERTORIÉ: SINCLAIR c. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N^o du greffe: 21762.

^f 1991: 9 octobre; 1992: 27 février.

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

^g EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Textes de nature législative — Loi du Québec prévoyant la fusion de deux villes — Processus législatif scindé en une série d'étapes distinctes — Tous les textes, du décret ministériel reportant les élections municipales à l'avis de délivrance des lettres patentes de la nouvelle ville, doivent-ils respecter l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, L.Q. 1985, ch. 48.

La Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, qui prévoit la fusion des deux villes sous certaines conditions, est entrée en vigueur en 1985. Le ministre des Affaires municipales a ordonné le report de l'élection à Rouyn conformément à l'art. 19 de la Loi et, les deux

when the two cities were unable to reach a draft agreement on the terms of the amalgamation, issued an order in lieu of the draft agreement pursuant to s. 4. The result of the referendum was in favour of the amalgamation and, as provided by s. 14, the Quebec Government conferred letters patent on the new city. The letters patent were published in the *Gazette officielle du Québec* and came into force that same day (s. 15). The Act was printed and published in French and English in conformity with s. 133 of the *Constitution Act, 1867* but the order postponing the election in Rouyn, the order issued in lieu of a draft agreement, the order in council ordering the issuance of letters patent for the new city, the letters patent themselves and the notice of issuance of the letters patent were printed in French only. The last three instruments were also published in the *Gazette officielle du Québec* in French only. The respondents brought an action in the Superior Court for a declaration that the Act was unconstitutional. The trial judge dismissed the action but the Court of Appeal reversed the judgment. At the hearing of this appeal, this Court rejected from the bench respondents' arguments based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* challenging the constitutionality of the Act: [1991] 3 S.C.R. 134. The sole issue remaining in this appeal is whether all the instruments, from the ministerial order postponing the municipal elections to the notification of the issuance of the letters patent for the new city, were subject to the requirements of s. 133, which applies to statutes and all other instruments of a legislative nature.

Held: The appeal should be dismissed. All the instruments were subject to the requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

The National Assembly of Quebec has attempted to divide the legislative process into a number of discrete steps, and then to claim that each of these individual steps, considered in isolation, lacks a legislative character. The requirements of s. 133 cannot be circumvented by the disingenuous division of the legislative process in this manner. If the net effect of a series of discrete acts has a legislative character, then each of these component acts will also be imbued with this same character. Here, all of the instruments challenged were part of a process which, when viewed in its entirety, was undoubtedly legislative. Accordingly, all of them were subject to the requirements of s. 133. Since none of the instruments complied with that section, they are, and always have been, nullities and of no legal force and effect. One cannot ignore, however, that, *de facto*, a new city has been in existence since 1986, operating on the faith of pur-

viles n'étant pas parvenues à un accord sur les modalités de la fusion, il a pris un décret tenant lieu de protocole d'entente, en vertu de l'art. 4. Le résultat de la consultation a été favorable à la fusion et, conformément à l'art. 14, le gouvernement du Québec a délivré les lettres patentes de la nouvelle ville. Celles-ci ont été publiées dans la *Gazette officielle du Québec* et elles sont entrées en vigueur à la date de cette publication (art. 15). La Loi a été imprimée et publiée en français et en anglais conformément à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais le décret reportant l'élection dans la ville de Rouyn, le décret tenant lieu de protocole d'entente, le décret du gouvernement ordonnant la délivrance des lettres patentes elles-mêmes et l'avis de délivrance des lettres patentes ont été imprimés en français seulement. Les trois derniers textes ont également été publiés dans la *Gazette officielle du Québec* en français seulement. Les intimés ont intenté une action devant la Cour supérieure pour faire déclarer inconstitutionnelle la Loi. Le juge de première instance a rejeté l'action, mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement. À l'audition du présent pourvoi, notre Cour a rejeté à l'audience les arguments invoqués par les intimés pour contester la constitutionnalité de la Loi qui étaient fondés sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et sur la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec: [1991] 3 R.C.S. 134. La seule question restant à trancher est de savoir si tous les textes, du décret ministériel reportant les élections municipales à l'avis de délivrance des lettres patentes de la nouvelle ville, sont assujettis aux exigences de l'art. 133 qui s'applique aux lois et autres textes de nature législative.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Tous les textes sont assujettis aux exigences de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'Assemblée nationale du Québec a tenté de scinder le processus législatif en étapes distinctes pour ensuite prétendre que chaque étape, considérée séparément, n'est pas de nature législative. On ne peut se soustraire aux exigences de l'art. 133 au moyen d'une fragmentation artificieuse du processus législatif. Si l'effet net d'une série d'actes distincts est de nature législative, alors chacun de ces actes sera également imprégné de la même nature. En l'espèce, tous les textes contestés font partie d'un processus qui, dans son ensemble, est indubitablement législatif. Par conséquent, les textes sont tous assujettis aux exigences de l'art. 133. Puisqu'aucun de ces textes n'est conforme à cet article, ils sont, et ont toujours été, nuls et inopérants en droit. On doit toutefois tenir compte du fait que, depuis 1986, une nouvelle ville existe et opère sur la foi de présumées lettres patentes établissant sa constitution. Il s'agit d'un cas où

ported letters patent establishing its constitution. This is an appropriate case for this Court to exercise its suspensive power by declaring that the instruments in this appeal, while invalid for non-compliance with s. 133, shall continue in force for a period of time in order to permit the National Assembly to take whatever steps it sees fit to remedy the constitutional defects. This period of time shall be for one year from the date of this judgment.

Cases Cited

Referred to: *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *Quebec (Attorney General) v. Brunet*, [1990] 1 S.C.R. 260.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48, ss. 1, 4, 5, 14, 15, 19.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12.
Constitution Act, 1867, s. 133.
Regulations Act, R.S.Q., c. R-18.1, s. 1 "regulation".

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 309, 28 Q.A.C. 86, 47 M.P.L.R. 275, setting aside a judgment of the Superior Court, [1986] R.J.Q. 2586. Appeal dismissed.

Jean-Yves Bernard, Louis Rochette and Marise Visocchi, for the appellant.

Guy Bertrand and Alain Joffe, for the respondents.

Martin Low, Q.C., and *René LeBlanc*, for the interveners the Attorney General of Canada.

Donna J. Miller and Deborah Carlson, for the interveners the Attorney General of Manitoba.

Stephen A. Scott and Victoria Percival-Hilton, for the interveners Alliance Quebec.

il est opportun que notre Cour exerce son pouvoir de suspension en déclarant que les textes en cause dans le présent pourvoi, bien qu'invalides parce que non conformes à l'art. 133, doivent demeurer en vigueur pendant un certain temps afin de permettre à l'Assemblée nationale de prendre les mesures qu'elle juge opportunes pour remédier au vice constitutionnel. Ce délai est d'un an à partir de la date du présent jugement.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Québec (Procureur général) c. Brunet*, [1990] 1 R.C.S. 260.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12.
Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, L.Q. 1985, ch. 48, art. 1, 4, 5, 14, 15, 19.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 133.
Loi sur les règlements, L.R.Q., ch. R-18.1, art. 1 «règlement».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 309, 28 Q.A.C. 86, 47 M.P.L.R. 275, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1986] R.J.Q. 2586. Pourvoi rejeté.

Jean-Yves Bernard, Louis Rochette et Marise Visocchi, pour l'appelant.

Guy Bertrand et Alain Joffe, pour les intimés.

Martin Low, c.r., et *René LeBlanc*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Donna J. Miller et Deborah Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Stephen A. Scott et Victoria Percival-Hilton, pour l'intervenante Alliance Québec.

The following is the judgment delivered by

Le jugement suivant a été rendu par

THE COURT—

LA COUR—

The Facts

^a Les faits

On May 14, 1985, Mr. Gilles Baril, the Member of the National Assembly for Rouyn-Noranda-Témiscamingue, introduced a bill to the National Assembly entitled *An Act respecting the cities of Rouyn and Noranda*, which, after amendment, received assent and came into force on June 20, 1985, S.Q. 1985, c. 48 ("*Bill 190*"). The purpose of *Bill 190* was to provide for the amalgamation of the cities of Rouyn and Noranda into a new municipal corporation called Rouyn-Noranda. This amalgamation, however, was not to come into effect until certain conditions were satisfied. The relevant portions of *Bill 190* read as follows:

Le 14 mai 1985, M. Gilles Baril, député de Rouyn-Noranda-Témiscamingue à l'Assemblée nationale, a déposé un projet de loi intitulé *Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda* qui, après avoir été modifié, a été sanctionné et est entré en vigueur le 20 juin 1985, L.Q. 1985, ch. 48 («*Loi 190*»). La *Loi 190* prévoit la fusion des villes de Rouyn et de Noranda en une nouvelle corporation municipale appelée Rouyn-Noranda. Cette fusion, toutefois, ne devait entrer en vigueur que si certaines conditions étaient remplies. Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Loi 190*:

1. Subject to section 14 and from the date of coming into force of the letters patent contemplated in section 15, the inhabitants and ratepayers of the territories of the cities of Rouyn and Noranda are incorporated as a city under the name of city of Rouyn-Noranda, which is governed by the Cities and Towns Act (R.S.Q., chapter C-19).

1. Sous réserve de l'article 14 et à compter de la date de l'entrée en vigueur des lettres patentes visées à l'article 15, les habitants et contribuables des territoires des villes de Rouyn et de Noranda forment une corporation de ville sous le nom de «Ville de Rouyn-Noranda», laquelle est régie par la Loi sur les cités et villes (L.R.Q., chapitre C-19).

4. Subject to section 16, the cities of Rouyn and Noranda shall, before 1 November 1985, present to the Minister of Municipal Affairs, a draft agreement including the elements prescribed in paragraphs *b*, *d*, *e*, *f*, *g*, *i* and *l* of subsection 2 of section 5 of the Act to promote the regrouping of municipalities (R.S.Q., chapter R-19).

4. Sous réserve de l'article 16, les villes de Rouyn et de Noranda doivent, d'ici le 1^{er} novembre 1985, présenter au ministre des Affaires municipales un protocole d'entente contenant les éléments prescrits aux sous-paragraphes *b*, *d*, *e*, *f*, *g*, *i*, et *l* du paragraphe 2 de l'article 5 de la Loi favorisant le regroupement des municipalités (L.R.Q., chapitre R-19).

Where the Minister considers it to be expedient, he may amend, by order, all or part of the content of the draft agreement. The draft agreement amended by the Minister shall be in lieu of the draft agreement contemplated in the first paragraph.

Le ministre peut, s'il le juge à propos, modifier par décret, en tout ou en partie, le contenu de ce protocole. Le protocole ainsi modifié par le ministre tient lieu du protocole d'entente visé au premier alinéa.

Failing a draft agreement as contemplated in the first paragraph, the Minister shall determine, by order, the elements contemplated in the first paragraph. The order shall be in lieu of the draft agreement contemplated in the first paragraph.

À défaut du protocole d'entente visé au premier alinéa, le ministre détermine par décret les éléments visés au premier alinéa. Ce décret tient lieu du protocole d'entente visé au premier alinéa.

The order contemplated in the second or third paragraph shall be adopted before 21 January 1986.

Le décret visé au deuxième ou au troisième alinéa doit être adopté avant le 21 janvier 1986.

5. On 23 March 1986, the clerk of each city contemplated in section 4 shall, each in his own territory, hold

5. Le greffier de chacune des villes visées à l'article 4 doit tenir, le 23 mars 1986, chacun dans son territoire,

a referendum for the interested persons on the advisability of amalgamating the two cities.

14. Where the result of the poll is, in each city contemplated in section 4, in favour of the amalgamation, the Government shall order, before 1 May 1986, the issue of letters patent reproducing the content of the draft agreement contemplated in the first paragraph of section 4, as amended, where such is the case, under the second paragraph of that section or the content of the order made by the Minister pursuant to the third paragraph of that section.

15. The Minister shall give notice of the issue of the letters patent by publishing them in the *Gazette officielle du Québec*; the letters patent shall come into force on the date of the publication or on any later date mentioned in the notice.

19. The Minister of Municipal Affairs may postpone, for not more than eight months, the date of publication of a notice of any general election or by-election to be held in a city contemplated in section 4.

According to s. 4 of *Bill 190*, hence, the cities of Rouyn and Noranda were given until November 1, 1985, to present to the Minister of Municipal Affairs "a draft agreement", essentially a document outlining the agreed terms and conditions of the amalgamation. During the period of negotiations, the Minister was empowered to postpone municipal elections for up to eight months in either of the two cities: s. 19. The Minister was empowered to amend any draft agreement agreed upon, and, in the absence of an agreement, was empowered to issue an "order in lieu of the draft agreement", which would establish the terms of amalgamation. These proposed terms of amalgamation, either as agreed upon or as determined by the order, were then to be put to a referendum in the two cities on March 23, 1986. In this referendum, natural and non-natural persons (i.e. corporations) were entitled to vote.

Under s. 14 of *Bill 190*, in the event of a favourable referendum result in both cities, "the Government shall order, before 1 May 1986, the issue of letters patent reproducing the content of the draft agreement . . . or the content of the order made by the Minister". Under s. 15, "[t]he Minister shall give notice of the issue of the letters patent by pub-

une consultation des personnes intéressées quant à l'opportunité de fusionner ces deux villes.

14. Si le résultat du scrutin est, dans chacune des villes visées à l'article 4, favorable à la fusion, le gouvernement décrète, avant le 1^{er} mai 1986, la délivrance de lettres patentes reproduisant le contenu du protocole visé au premier alinéa de l'article 4, tel que modifié, le cas échéant, en vertu du deuxième alinéa de cet article ou le contenu du décret adopté par le ministre en vertu du troisième alinéa de cet article.

15. Le ministre donne avis de la délivrance des lettres patentes en les publiant à la *Gazette officielle du Québec*; les lettres patentes entrent en vigueur à la date de cette publication ou à la date ultérieure mentionnée dans l'avis.

19. Le ministre peut reporter d'au plus huit mois la date de la publication de l'avis de toute élection générale ou partielle d'une ville visée à l'article 4.

Par conséquent, aux termes de l'art. 4 de la *Loi 190*, les villes de Rouyn et de Noranda avaient jusqu'au 1^{er} novembre 1985 pour présenter au ministre des Affaires municipales «un protocole d'entente», essentiellement un document exposant dans leurs grandes lignes les modalités convenues de la fusion. Au cours des négociations, le ministre avait le pouvoir de reporter la tenue d'élections municipales d'au plus huit mois dans l'une ou l'autre ville: art. 19. Le ministre avait également le pouvoir de modifier le protocole d'entente et, à défaut de protocole d'entente, d'adopter un «décret [tenant] lieu du protocole d'entente» afin de fixer les modalités de la fusion. Ces modalités proposées, qu'elles soient convenues ou déterminées par le décret, devaient ensuite être soumises à une consultation tenue dans les deux villes le 23 mars 1986. Tant les personnes physiques que les personnes morales (soit les sociétés) détenaient un droit de vote lors de cette consultation.

En vertu de l'art. 14 de la *Loi 190*, advenant un résultat du scrutin favorable à la fusion dans chaque ville, «le gouvernement décrète, avant le 1^{er} mai 1986, la délivrance de lettres patentes reproduisant le contenu du protocole [...] ou le contenu du décret adopté par le ministre». Aux termes de l'art. 15, «[l]e ministre donne avis de la

lishing them in the *Gazette officielle du Québec*". The letters patent were to come into force upon publication: s. 15. *Bill 190*, in conformity with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, was passed and published in the French and English languages.

In the context of this statutory framework, the following events unfolded:

On September 4, 1985, the Minister ordered the postponement of the municipal elections in Rouyn. This order does not appear to have been officially published in any language. By January 20, 1986, Rouyn and Noranda had not reached agreement on terms of amalgamation. The Minister therefore issued an order in lieu of the draft agreement, as contemplated by s. 4 of *Bill 190*. This does not appear to have been published in any language. The order in lieu of the draft agreement was made in the French language only.

On February 27, 1986, the respondents, certain citizens of Noranda, brought an action in the Superior Court of Quebec for a declaration that *Bill 190* was unconstitutional, and on March 17 added a request for an interlocutory injunction restraining the holding of the referendum. The request for an injunction came on for hearing before Dufour J. on March 21, 1986, who postponed the hearing to a later date.

The referendum was held as planned on March 23, 1986, and the result was in favour of amalgamation, by an overwhelming majority in Rouyn, and marginally in Noranda. On April 23, 1986, pursuant to s. 14 of *Bill 190*, the Government of Quebec conferred letters patent on the new city of Rouyn-Noranda: (1986) 118 G.O. II 1373. The letters patent were published in the *Gazette officielle du Québec* on July 5, 1986, (1986) 118 G.O. I 3342, and pursuant to s. 15 of *Bill 190*, they came into force that day. The order conferring the letters patent, the letters patents themselves, and the publication in the *Gazette officielle du Québec*, were solely in the French language.

délivrance des lettres patentes en les publiant à la *Gazette officielle du Québec*». Les lettres patentes devaient entrer en vigueur à la date de la publication: art. 15. La *Loi 190*, conformément à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, a été adoptée et publiée en français et en anglais.

Dans le contexte de ce cadre législatif, les événements suivants se sont déroulés:

Le 4 septembre 1985, le ministre a ordonné le report des élections municipales à Rouyn. Ce décret semble n'avoir été publié officiellement dans aucune langue. Le 20 janvier 1986, Rouyn et Noranda n'étaient toujours pas parvenues à un accord sur les modalités de la fusion. Le ministre a donc pris un décret tenant lieu de protocole d'entente, comme le prévoit l'art. 4 de la *Loi 190*. Ce décret semble n'avoir été publié dans aucune langue. Le décret tenant lieu de protocole d'entente a été rédigé en français seulement.

Le 27 février 1986, les intimés, des citoyens de Noranda, ont intenté une action devant la Cour supérieure du Québec pour faire déclarer inconstitutionnelle la *Loi 190* et, le 17 mars, ils y ont joint une requête en injonction interlocutoire visant à interdire la tenue de la consultation. La requête en injonction devait être entendue le 21 mars 1986 par le juge Dufour qui a reporté l'audition à une date ultérieure.

La consultation a eu lieu le 23 mars 1986 comme prévu et, par une majorité écrasante, les citoyens de Rouyn ont voté en faveur de la fusion alors que celle-ci n'a été acceptée que par une faible majorité par les citoyens de Noranda. Le 23 avril 1986, conformément à l'art. 14 de la *Loi 190*, le gouvernement du Québec a délivré les lettres patentes de la nouvelle ville de Rouyn-Noranda: (1986) 118 G.O. II 1373. Celles-ci ont été publiées dans la *Gazette officielle du Québec* le 5 juillet 1986, (1986) 118 G.O. I 3342, et, en conformité avec l'art. 15 de la *Loi 190*, elles sont entrées en vigueur à cette date. Le décret délivrant les lettres patentes et les lettres patentes elles-mêmes ont été rédigés, et publiés dans la *Gazette officielle du Québec*, en français seulement.

On July 4, 1986, prior to the coming into force of the letters patent, Mignault J. dismissed the action for a declaratory judgment, for reasons handed down on July 31, 1986: [1986] R.J.Q. 2586. He first rejected the contention that *Bill 190* was *ultra vires* the National Assembly on grounds of the procedure followed in its enactment. He rejected as well the respondents' numerous assertions that *Bill 190* and the referendum violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12. Finally, he rejected the assertion that the order in lieu of the draft agreement issued by the Minister was invalid for want of compliance with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. The order, not having any legal force in its own right, could not be an instrument of a legislative character. It is worthy of note, however, he would have found that the letters patent themselves were of a legislative character, but at the time of judgment they had not come into force.

The Quebec Court of Appeal, consisting of Bisson C.J.Q. and Chouinard and Gonthier J.J.A., unanimously allowed the respondents' appeal on the s. 133 issue: [1990] R.J.Q. 309, 28 Q.A.C. 86, 47 M.P.L.R. 275 (hereinafter cited to R.J.Q.). Writing for the court, Chouinard J.A. decided that the order providing for the issuance of letters patent, and the letters patent themselves, and the notice of issuance of the letters patent, were legislative in character, and hence were of no force and effect for failure to conform to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. In view of this conclusion, he did not consider it necessary to decide whether the order in lieu of the draft agreement was subject to s. 133 as well.

The Attorney General of Quebec now appeals to this Court from the decision of the Quebec Court of Appeal. Before this Court, the respondents raised again various arguments based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, in addition to the s. 133 issue. At the hearing of this appeal, we were all of the opinion that these supplementary arguments were without merit, and we

Le 4 juillet 1986, avant l'entrée en vigueur des lettres patentes, le juge Mignault a rejeté l'action en jugement déclaratoire; les motifs de sa décision ont été déposés le 31 juillet 1986: [1986] R.J.Q. 2586. Il a d'abord rejeté la prétention que la *Loi 190* est *ultra vires* de l'Assemblée nationale en raison de la procédure suivie lors de son adoption. Il a également rejeté les nombreuses allégations des intimés selon lesquelles la *Loi 190* et la consultation violent la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12. Enfin, il a rejeté la prétention selon laquelle le décret tenant lieu de protocole d'entente adopté par le ministre est invalide parce qu'il n'est pas conforme à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; le décret, n'ayant aucune force de loi en soi, ne pouvait être un texte de nature législative. Il convient de mentionner, toutefois, que le juge aurait conclu que les lettres patentes elles-mêmes étaient de nature législative, mais au moment où il a rendu son jugement, elles n'étaient pas en vigueur.

La Cour d'appel du Québec, composée du juge en chef Bisson et des juges Chouinard et Gonthier, a accueilli à l'unanimité l'appel des intimés sur la question concernant l'art. 133: [1990] R.J.Q. 309, 28 Q.A.C. 86, 47 M.P.L.R. 275 (ci-après cité au R.J.Q.). Au nom de la cour, le juge Chouinard a statué que le décret ordonnant la délivrance des lettres patentes, les lettres patentes elles-mêmes et l'avis de délivrance des lettres patentes sont de nature législative et sont, de ce fait, inopérants parce que non conformes à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Compte tenu de cette conclusion, le juge n'a pas cru nécessaire de décider si le décret tenant lieu de protocole d'entente était également assujéti à l'art. 133.

Le procureur général du Québec se pourvoit maintenant contre cet arrêt de la Cour d'appel du Québec. Devant notre Cour, les intimés ont de nouveau invoqué, outre la question portant sur l'art. 133, différents arguments s'appuyant sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et sur la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. À l'audition du présent pourvoi, nous étions tous d'avis que ces arguments supplémen-

gave partial judgment from the bench answering constitutional questions 2 to 5 in the negative: *Sinclair v. Quebec (Attorney General)*, [1991] 3 S.C.R. 134. This appeal, accordingly, falls to be decided on the s. 133 issue alone, and consequently this is the only issue that it will be necessary to address in these reasons.

Issues

The first constitutional question reads:

1. Are the following documents subject to the requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*?

(a) the order issued by the Minister of Municipal Affairs postponing the election in the city of Rouyn, pursuant to s. 19 of the *Act respecting the cities of Rouyn and Noranda*, S.Q. 1985, c. 48 (“*Bill 190*”);

(b) the order issued by the Minister of Municipal Affairs in lieu of a draft agreement between the cities of Rouyn and Noranda, pursuant to s. 4, para. 3 of *Bill 190*;

(c) the order in council providing for the issue of letters patent for the city of Rouyn-Noranda, pursuant to s. 14 of *Bill 190*;

(d) the letters patent for the city of Rouyn-Noranda;

(e) the notice of issue of the letters patent for the city of Rouyn-Noranda, as provided by s. 15 of *Bill 190*.

All these instruments were printed and made in the French language only. Therefore, if any or all of them were indeed subject to s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, it follows that they were, and are, nullities.

Analysis

Section 133 of the *Constitution Act, 1867* reads as follows:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by

taires étaient sans fondement, et nous avons rendu à l’audience un jugement partiel répondant par la négative aux questions constitutionnelles 2 à 5: *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 134. En conséquence, le présent pourvoi doit être tranché uniquement sur la question relative à l’art. 133, et seule cette question sera étudiée dans les présents motifs.

b Les questions en litige

La première question constitutionnelle:

1. Les actes suivants sont-ils soumis à l’obligation de bilinguisme de l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

a) le décret du Ministre des Affaires municipales reportant l’élection dans la ville de Rouyn, adopté conformément à l’art. 19 de la *Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda*, L.Q. 1985, ch. 48 («*Loi 190*»);

b) le décret du Ministre des Affaires municipales tenant lieu de protocole d’entente entre les villes de Rouyn et de Noranda, adopté conformément à l’art. 4, al. 3 de la *Loi 190*;

c) le décret du gouvernement ordonnant la délivrance des lettres patentes de la ville de Rouyn-Noranda adopté conformément à l’art. 14 de la *Loi 190*;

d) les lettres patentes de la ville de Rouyn-Noranda;

e) l’avis de la délivrance des lettres patentes de la ville de Rouyn-Noranda tel que prévu à l’art. 15 de la *Loi 190*.

Tous ces textes ont été imprimés et rédigés en français seulement. Par conséquent, si tous ou certains d’entre eux étaient effectivement assujettis à l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ils étaient, et demeurent, nuls.

L’analyse

L’article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est ainsi libellé:

133. Dans les chambres du Parlement du Canada et les chambres de la Législature du Québec, l’usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l’usage de ces deux langues sera obligatoire.

any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both of those Languages.

In *Reference re Manitoba Language Rights*, [1992] 1 S.C.R. 212, this Court reaffirmed the position adopted in *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 739, that the purpose of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* is “to ensure full and equal access to the legislatures, the laws and the courts for francophones and anglophones alike.” Section 133, therefore, must be read to apply not only to statutes in the strict sense, but equally to all other instruments of a legislative nature. In the 1992 *Manitoba Language Reference*, we decided that the class of instruments having a legislative character might include certain orders in council and documents incorporated into statutes by reference. More generally, we decided that it is not the form of the instrument, but, rather, the degree of “connection between the legislature and the instrument [which] is indicative of a legislative nature” (p. 233).

With respect to the content and effect of an instrument, we decided that the following characteristics are further badges of its legislative character (at p. 233):

1. The instrument embodies a rule of conduct;
2. The instrument has the force of law; and
3. The instrument applies to an undetermined number of persons.

The Attorney General of Quebec does not dispute this general definition. Indeed, in its factum, the following definition of legislative instruments, as opposed to executive acts is adopted from the *Regulations Act*, R.S.Q., c. R-18.1, s. 1:

En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux du Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, notre Cour a confirmé la position adoptée dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, à la p. 739, selon laquelle l'objet de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est «d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux.» Par conséquent, il faut interpréter l'art. 133 comme s'appliquant non seulement aux lois au sens strict, mais également à tous les autres textes de nature législative. Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* de 1992, nous avons conclu que la catégorie des textes ayant une nature législative pourrait inclure certains décrets et documents incorporés par renvoi dans les lois. De façon plus générale, nous avons conclu que c'est le degré du «lien [. . .] entre l'[a]ssemblée législative et le texte [qui] indique qu'il est de nature législative» (p. 233), et non pas sa forme.

En ce qui a trait au contenu et à l'effet d'un texte, nous avons conclu que les éléments suivants étaient également indicatifs de sa nature législative (à la p. 233):

1. le texte comprend une règle de conduite;
2. le texte a force de loi; et
3. le texte s'applique à un nombre indéterminé de personnes.

Le procureur général du Québec ne conteste pas cette définition générale. En fait, son mémoire propose la définition suivante des textes législatifs, par opposition aux actes de l'exécutif, tirée la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., ch. R-18.1, art. 1:

A normative instrument of a general and impersonal nature, made under an Act and having force of law when it is in effect.

The question, therefore, is whether the instruments in question in this appeal possess these characteristics. At the outset, however, and prior to embarking upon an examination of the five instruments here in question, we should point out that, as we said in the 1992 *Manitoba Language Reference*, the courts will not permit the circumvention of s. 133 by means of a disingenuous division of a legislative act into a number of discrete parts—for instance, a “shell” statute incorporating by reference some other “non-legislative” unilingual document. To do otherwise would be to invite the triumph of form over substance. As we told the Government of Manitoba, if the net effect of a series of discrete acts has a legislative character, then each of these component acts will also be imbued with this same character. Each will be subject to the requirement of mandatory bilingualism imposed by s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

(1) *Order Providing for the Issuance of Letters Patent*

It was contemplated by s. 14 of *Bill 190*, that in the event of a favourable referendum result, the government would issue letters patent creating the new municipal corporation of Rouyn-Noranda. The appellant Attorney General of Quebec takes the position that the governmental order accomplishing this cannot be said to have possessed legislative character. According to the appellant, the concept of a “legislative act” presupposes the existence of a legislator who possesses a discretion to act, or not to act. However, s. 14 of *Bill 190* is cast in mandatory terms. In other words, the Attorney General of Quebec takes the position that, once a favourable referendum result had been recorded, the Government of Quebec had no discretion but to decree the issuance of letters patent creating the new city of Rouyn-Noranda. This absence of discretion, it is argued, is incompatible with the concept of a legislative act. Instead, in issuing the letters patent, the Government of Quebec exercised a mere “non-discretionary power” (*pouvoir lié*) of an

Un acte normatif, de caractère général et impersonnel, édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi.

Par conséquent, la question est de savoir si les textes en question en l'espèce possèdent ces caractéristiques. En premier lieu, toutefois, et avant de nous lancer dans l'étude des cinq textes en question ici, il faut souligner que, comme nous l'avons dit dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* de 1992, les tribunaux ne permettront pas aux législatures de se soustraire à l'art. 133 par la fragmentation artificieuse d'un texte législatif en parties distinctes—par exemple, une loi «creuse» incorporant par renvoi d'autres documents unilingues de nature «non législative». Agir autrement reviendrait à encourager le triomphe de la forme sur le fond. Comme nous l'avons dit au gouvernement du Manitoba, si l'effet net d'une série d'actes distincts est de nature législative, alors chacun de ces actes sera également imprégné de la même nature. Chaque acte sera assujéti à l'obligation de bilinguisme imposée par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(1) *Le décret ordonnant la délivrance des lettres patentes*

L'article 14 de la *Loi 190* prévoit que, dans le cas d'un résultat favorable à la fusion lors de la consultation, le gouvernement délivrera des lettres patentes créant la nouvelle corporation municipale de Rouyn-Noranda. L'appellant, le procureur général du Québec, soutient que le décret du gouvernement adopté à cet effet n'est pas de nature législative. À son avis, la notion d'«acte législatif» présuppose que le législateur a le pouvoir discrétionnaire d'agir ou de ne pas agir. Or, le libellé de l'art. 14 de la *Loi 190* est impératif. En d'autres termes, le procureur général du Québec soutient que, à la suite d'un résultat favorable au scrutin, le gouvernement du Québec n'avait d'autre choix que de décréter la délivrance de lettres patentes créant la nouvelle ville de Rouyn-Noranda. Cette absence de pouvoir discrétionnaire, prétend l'appellant, est incompatible avec la notion d'acte législatif. En délivrant les lettres patentes, le gouvernement du Québec a plutôt exercé un simple pouvoir lié d'une nature administrative ou exécutive. Par consé-

administrative or executive nature. Hence, it is argued that the order issuing the letters patent was not subject to the requirement of bilingualism imposed by s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

The Court of Appeal of Quebec considered this argument, and rejected it. The language of s. 14 of *Bill 190* imposed no affirmative obligation upon the Minister to issue the letters patent in the event of a favourable referendum result, and he could not have been compelled to do so by *mandamus*. For the court, Chouinard J.A. said (at p. 316):

[TRANSLATION] ... despite the language used in s. 14, the words "the Government shall order" must be read as meaning "the Government may order". With the same latitude as in the case of a by-law which requires government approval, the government has the power to issue or withhold letters patent which it is prohibited from amending, since this discretion was reserved to the Minister by *Bill 190*, s. 4, for purposes of completing the draft agreement. The procedure seems to me to be an example of delegated legislation which is an essential part of *Bill 190*;

We agree with the Court of Appeal that, in issuing the letters patent, the Minister was not exercising a mere "non-discretionary power" but was exercising a discretionary power which had a legislative character. More fundamentally, however, we agree with the Court of Appeal that the National Assembly of Quebec has attempted to divide the legislative process into a number of discrete steps, and then to claim that each of these individual steps, considered alone and in isolation, lacks a legislative character. Chouinard J.A. said (at p. 317):

[TRANSLATION] The process adopted by the legislature has the characteristics of delegated legislation, in the sense that it has divided the law into separate but necessary stages, the third and fourth surely being delegated legislation. It should be noted that the second stage was the order of the Minister of Municipal Affairs completing the draft agreement, the third the order of the government ordering the amalgamation, and the fourth the notice of issuance of letters patent and their publication in the *Gazette officielle*.

quent, l'appelant prétend que le décret délivrant les lettres patentes n'était pas assujéti à l'obligation de bilinguisme imposée par l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Cour d'appel du Québec a étudié cette prétention et l'a rejetée. Le libellé de l'art. 14 de la *Loi 190* n'imposait au ministre aucune obligation positive de délivrer les lettres patentes à la suite d'un résultat favorable de la consultation, et le ministre n'aurait pu être forcé à agir dans ce sens par voie de *mandamus*. Le juge Chouinard, au nom de la cour, a dit (à la p. 316):

... en dépit des termes utilisés à l'article 14, les mots «le gouvernement décrète» doivent s'interpréter comme signifiant «le gouvernement peut décréter». Avec la même latitude que lors d'un règlement qui requiert l'approbation du gouvernement, celui-ci a le pouvoir d'émettre ou non les lettres patentes dont la modification cependant lui était interdite, puisque cette discrétion avait été réservée au ministre par la *Loi 190*, article 4, aux fins de compléter le protocole d'entente. Le procédé m'apparaît tenir d'une législation déléguée formant une partie essentielle de la *Loi 190*;

Nous partageons l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle, en délivrant les lettres patentes, le ministre n'exerçait pas un simple pouvoir lié, mais plutôt un pouvoir discrétionnaire de nature législative. Plus fondamentalement, toutefois, nous sommes d'accord avec la Cour d'appel que l'Assemblée nationale du Québec a tenté de scinder le processus législatif en étapes distinctes pour ensuite prétendre que chaque étape, considérée seule et séparément, ne revêt pas une nature législative. Le juge Chouinard a affirmé, à la p. 317:

Le processus adopté par le législateur comporte les caractéristiques de la législation déléguée en ce sens qu'il a scindé la loi en étapes distinctes mais nécessaires, les troisième et quatrième constituant sûrement de la législation déléguée. Rappelons que la deuxième étape était le décret du ministre des Affaires municipales complétant le protocole d'entente, la troisième, le décret du gouvernement décrétant la fusion, la quatrième, l'avis d'émission des lettres patentes et l'annonce de celles-ci dans la *Gazette officielle*.

We agree with this assessment. As we have already emphasized, it is not permissible to assess the character of the component parts of the legislative process individually and in isolation in order to determine whether s. 133 of the *Constitution Act, 1867* has been complied with. Rather, it is the character of the whole which determines the nature of the parts.

(2) *Letters Patent*

The Court of Appeal rejected the appellant's submission that the letters patent creating the new municipal corporation of Rouyn-Noranda were an executive instrument, analogous to letters patent creating a private company. Instead, they created a new juridical framework within which new municipal institutions would function determining the rights and liabilities of citizens. For the court, Chouinard J.A. said (at pp. 318-19):

[TRANSLATION] Unlike incorporating documents, it seems to me that the series of normative provisions contained in the letters patent under consideration prevents them from being characterized as administrative acts.

Ordinary letters patent creating municipal corporations are regulatory in nature; *a fortiori* those issued on an exceptional basis, without the consent of the municipal corporations of Rouyn and Noranda.

An instrument which creates new local governmental institutions cannot escape the operation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* simply by a circuitous path of enactment. Had the National Assembly chosen to amalgamate Rouyn and Noranda on terms imposed by statute, this statute, and these terms, would have been required to be published in the French and English languages. This requirement cannot be circumvented by following the procedure that the Government of Quebec saw fit to adopt.

Nous partageons cette appréciation. Comme nous l'avons précédemment souligné, il est inacceptable d'évaluer la nature des différents éléments d'un processus législatif individuellement et séparément pour déterminer si l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été respecté. Au contraire, c'est la nature de l'ensemble qui détermine celle des éléments.

(2) *Les lettres patentes*

La Cour d'appel a rejeté l'argument de l'appellant selon lequel les lettres patentes créant la nouvelle corporation municipale de Rouyn-Noranda constituent un texte de nature exécutive assimilable aux lettres patentes créant une compagnie privée. Elles ont plutôt créé un nouveau cadre juridique à l'intérieur duquel fonctionneraient les nouvelles institutions municipales, déterminant les droits et les obligations des citoyens. Au nom de la Cour, le juge Chouinard a affirmé, aux pp. 318 et 319:

À la différence de documents d'incorporation, il m'apparaît que la série de dispositions à caractère normatif contenues dans les lettres patentes à l'étude ne empêche d'être qualifiées d'actes administratifs.

De simples lettres patentes donnant naissance à des corporations municipales sont-elles de nature réglementaire? À plus forte raison celles édictées à titre exceptionnel, à défaut de consentement des corporations municipales de Rouyn et de Noranda?

Le texte qui crée de nouvelles institutions gouvernementales au niveau local ne peut échapper à l'effet de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en suivant simplement un cheminement détourné pour l'adopter. Si l'Assemblée nationale avait choisi de fusionner Rouyn et Noranda selon des modalités imposées par une loi, cette loi, et ces modalités, auraient dû être publiées en français et en anglais. On ne peut se soustraire à cette obligation en suivant la procédure que le gouvernement du Québec a jugé opportun d'adopter.

(3) *Notice of Issuance of the Letters Patent*

Since the letters patent themselves were of a legislative nature, then, clearly, the notice of their issuance published in the *Gazette officielle du Québec*, (1986) 118 G.O. I 3344, was also subject to the requirement of mandatory bilingualism. We agree with Chouinard J.A.'s conclusion on this issue that (at p. 316):

[TRANSLATION] ... in this regard order 511 and the notice of publication of the letters patent in the *Gazette officielle du Québec* were subject to the same requirements as the law, including that of publication in both languages in accordance with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*.

The publication of the notice of the issuance of the letters patent creating the new municipal corporation of Rouyn-Noranda, like notice of any other legislative instrument, ought to have been in both the French and English languages.

(4) *Order in Lieu of Draft Agreement*

In view of his conclusions in respect of the letters patent and the notice of their issuance, Chouinard J.A. did not consider it necessary to rule on the character of the ministerial order establishing the terms of amalgamation to be voted on in the referendum. However, we have no doubt that this instrument, as well, was of a legislative nature and therefore subject to the requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. In the first place, this order was an integral part of a process which, when viewed as a whole, was legislative. We would emphasize again that the character of the parts is governed by the nature of the whole.

More fundamentally, it is clear that the order in lieu of a draft agreement was an integral part of *Bill 190* and was subject to s. 133. *Bill 190* mandated the amalgamation of Rouyn and Noranda, but stipulated no terms and conditions. These were subject to later determination by the Minister. The situation is analogous to that in *Quebec (Attorney General) v. Brunet*, [1990] 1 S.C.R. 260, where the statute in question imposed a collective agreement, the terms and conditions of which could only be

(3) *L'avis de délivrance des lettres patentes*

Puisque les lettres patentes elles-mêmes étaient de nature législative, alors, sans aucun doute, l'avis de leur délivrance publié dans la *Gazette officielle du Québec*, (1986) 118 G.O. I 3344, était également assujéti à l'obligation de bilinguisme. Nous partageons l'avis du juge Chouinard lorsqu'il affirme, sur cette question, à la p. 316:

... à ce titre le décret 511 de même que l'avis de publication des lettres patentes dans la *Gazette officielle du Québec* étaient soumis aux mêmes obligations que la loi, y compris celle de la publication dans les deux langues, en conformité de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'avis de délivrance des lettres patentes créant la nouvelle corporation municipale de Rouyn-Noranda, au même titre que l'avis de tout autre texte législatif, devait être publié en anglais et en français.

(4) *Le décret tenant lieu de protocole d'entente*

Compte tenu de ses conclusions relatives aux lettres patentes et à l'avis de leur délivrance, le juge Chouinard n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la nature du décret ministériel établissant les modalités de la fusion sur laquelle la consultation portait. Toutefois, nous ne doutons pas que ce texte est aussi de nature législative et, par conséquent, il est assujéti aux exigences de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En premier lieu, ce décret fait partie intégrante d'un processus qui, dans son ensemble, est de nature législative. Soulignons à nouveau que la nature des différents éléments est régie par celle de l'ensemble.

Plus fondamentalement, il est évident que le décret tenant lieu de protocole d'entente est une partie intégrante de la *Loi 190* et est assujéti à l'art. 133. La *Loi 190* prévoyait la fusion de Rouyn et de Noranda, mais elle ne fixait pas de modalités. Celles-ci devaient être déterminées ultérieurement par le ministre. La situation est similaire à celle de l'affaire *Québec (Procureur général) c. Brunet*, [1990] 1 R.C.S. 260, dans laquelle la loi en cause imposait une convention collective dont les moda-

found elsewhere in unilingual sessional papers. A citizen voting in the referendum of March 23, 1986 would have had official notification of the terms and conditions he or she was voting for or against in the French language only.

Bill 190 is virtually a "shell" statute if considered by itself. Indeed, the only salient difference between *Bill 190* and the situation in *Brunet* is that the challenged statutes in *Brunet* incorporated by reference unilingual documents already in existence, whereas *Bill 190* incorporated by reference a unilingual document which the Minister of Municipal Affairs had yet to issue. If anything, this is a worse abuse than occurred in *Brunet*. We are all of the opinion, therefore, that the order in lieu of a draft agreement is properly considered as an integral part of *Bill 190*, and was subject to the requirements of s. 133.

(5) *Order Postponing the Election*

As already noted, on September 4, 1985, the Minister issued the order as provided for by s. 19 of *Bill 190*, postponing the municipal elections in the city of Rouyn in contemplation of the referendum on amalgamation. This ministerial order does not appear to have been published in either of the official languages.

Viewed in isolation, it would not immediately be clear that this order constituted a legislative act. However, as has already been made clear, it is incorrect to view individually the component parts of what is essentially a legislative process. The postponement of municipal elections in Rouyn was as much a part of the entire legislative scheme for amalgamation as the referendum, the issuance of the letters patent, and the notice of their issuance in the *Gazette officielle du Québec*. One cannot excise this step from the rest of the process for the purposes of the operation of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. Consequently, we are of the opinion that the ministerial order of September 4, 1985, like the other instruments under challenge in this appeal, was of a legislative nature and ought to have been published in the French and English languages.

lités ne se trouvaient que dans des documents sessionnels unilingues. Un citoyen votant lors de la consultation du 23 mars 1986 n'aurait reçu qu'en français l'avis officiel des modalités sur lesquelles il devait se prononcer.

La *Loi 190* est pour ainsi dire une loi «creuse». En effet, la seule différence marquante entre la *Loi 190* et la situation dans l'affaire *Brunet* tient à ce que les lois contestées dans cette affaire incorporeraient par renvoi des documents unilingues déjà existants, alors que la *Loi 190* incorporerait par renvoi un document unilingue que le ministre des Affaires municipales délivrerait subséquemment. Tant qu'à cela, l'abus est plus grave que dans l'affaire *Brunet*. Nous sommes tous d'avis, par conséquent, que le décret tenant lieu de protocole d'entente est à juste titre considéré comme partie intégrante de la *Loi 190*, et qu'il est assujéti aux exigences de l'art. 133.

(5) *Le décret reportant l'élection*

Comme nous l'avons déjà mentionné, le ministre a ordonné le 4 septembre 1985, conformément à l'art. 19 de la *Loi 190*, le report des élections municipales de la ville de Rouyn en vue de tenir une consultation sur la fusion. Ce décret ministériel semble n'avoir été publié dans aucune des langues officielles.

Il n'est pas évident que ce décret, pris séparément, est un acte législatif. Cependant, comme nous l'avons déjà précisé, il n'est pas justifié d'étudier séparément les éléments de ce qui, essentiellement, constitue un processus législatif. Le report des élections municipales à Rouyn faisait partie de l'ensemble du cadre législatif entourant la fusion, au même titre que la consultation, la délivrance des lettres patentes et l'avis de leur délivrance dans la *Gazette officielle du Québec*. On ne peut retrancher cette étape du reste du processus pour les fins de l'application de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En conséquence, nous sommes d'avis que le décret ministériel du 4 septembre 1985, de même que les autres textes contestés dans le présent pourvoi, sont de nature législative et auraient dû être publiés à la fois en français et en anglais.

Conclusions and Remedy

All of the instruments challenged by the respondents in this appeal, from the ministerial order postponing the municipal elections in Rouyn, to the final notification of the issuance of the letters patent for the city of Rouyn-Noranda in the *Gazette officielle du Québec*, were part of a process which, when viewed in its entirety, was undoubtedly legislative. Accordingly, all of them were subject to the requirements of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, no less than was *Bill 190* itself. The requirements of s. 133 cannot be circumvented by the disingenuous division of the legislative process into a series of discrete steps, and then claiming that each of these steps, when examined in isolation, lacks a legislative character.

All of the instruments in question were printed and published in the French language only, or were not officially published at all. Clearly, therefore, the requirements of s. 133 were not complied with. It follows that all of them are, and have always been, nullities and of no legal force and effect. One cannot ignore, however, that, *de facto*, a new city of Rouyn-Noranda has been in existence since 1986, operating on the faith of purported letters patent establishing its constitution. This purported municipal constitution, and consequently all acts performed pursuant to it are, and have been, illegal and of no force and effect.

It would be wrong to throw the affairs of the citizens of Rouyn and Noranda into a state of chaos on account of the procedure chosen by the National Assembly of Quebec to effect their purported amalgamation into the new city of Rouyn-Noranda. This is an appropriate case for this Court to exercise its suspensive power by declaring that the instruments in this appeal, while invalid for non-compliance with s. 133 of the *Constitution Act, 1867*, shall continue in force for a period of time in order to permit the National Assembly to take what steps it sees fit to remedy the constitutional defects. This period of time shall be for one year from the date of this judgment.

Conclusion et réparation

Tous les textes contestés par les intimés dans le présent pourvoi, tant le décret ministériel reportant les élections municipales à Rouyn que l'avis final de la délivrance des lettres patentes de la ville de Rouyn-Noranda publié dans la *Gazette officielle du Québec*, font partie d'un processus qui, dans son ensemble, est indubitablement législatif. Par conséquent, les textes sont tous assujettis aux exigences de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au même titre que la *Loi 190* elle-même. On ne peut se soustraire aux exigences de l'art. 133 au moyen de la fragmentation artificieuse du processus législatif en une série d'étapes distinctes, pour ensuite prétendre que chaque étape, étudiée séparément, n'est pas de nature législative.

Tous les textes en question ont donc été imprimés et publiés en français seulement, ou alors n'ont pas été publiés officiellement. De toute évidence, les exigences de l'art. 133 n'ont pas été respectées. Il s'ensuit que tous ces textes sont, et ont toujours été, nuls et inopérants en droit. On doit toutefois tenir compte du fait que, depuis 1986, une nouvelle ville nommée Rouyn-Noranda existe et opère sur la foi de présumées lettres patentes établissant sa constitution. Cette prétendue constitution municipale, et par conséquent tous les actes accomplis en conformité avec celle-ci, sont et étaient illégaux et inopérants.

Il serait injuste de mettre les activités des citoyens de Rouyn et de Noranda dans un état de chaos en raison de la procédure choisie par l'Assemblée nationale du Québec visant à donner effet à la prétendue fusion créant la nouvelle ville de Rouyn-Noranda. Nous sommes en présence d'un cas où il est opportun que notre Cour exerce son pouvoir de suspension en déclarant que les textes en cause dans le présent pourvoi, bien qu'invalides parce que non conformes à l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, doivent demeurer en vigueur pendant un certain temps afin de permettre à l'Assemblée nationale de prendre les mesures qu'elle juge opportunes pour remédier au vice constitutionnel. Ce délai est d'un an à partir de la date du présent jugement.

The appeal is dismissed. The Attorney General of Quebec will pay the costs of the respondents on the basis set out in the order granting leave to appellant.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Jean-Yves Bernard, Louis Rochette and Marise Visocchi, Ste-Foy.

Solicitors for the respondents: Bertrand, Larochelle, Québec.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Canada: Jean-Marc Aubry, Martin Low and René LeBlanc, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

Le pourvoi est rejeté. Le procureur général du Québec payera les frais des intimés selon les modalités énoncées dans l'ordonnance autorisant le pourvoi de l'appellant.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Jean-Yves Bernard, Louis Rochette et Marise Visocchi, Ste-Foy.

Procureurs des intimés: Bertrand, Larochelle, Québec.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Canada: Jean-Marc Aubry, Martin Low et René LeBlanc, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante Alliance Québec: Stephen A. Scott, Montréal.

Ian Scott Clunas *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CLUNAS

File No.: 22320.

1991: November 12; 1992: February 27.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Procedures — Joinder — Summary conviction offence and indictable offence in separate informations tried together with consent — Whether proceedings constituted two separate trials with the evidence in one trial applying in the other trial — Whether a court has jurisdiction to try two separate informations in a single trial — Whether a summary conviction offence and an indictable offence can be properly joined and tried together — Whether the proceedings constituted a procedural irregularity, and if so, whether s. 686(1)(b)(iv) of the Criminal Code could be applied to uphold a conviction — Criminal Code, R.S.C., 1985, ss. 591, 686(1)(b)(iv).

Appellant pleaded not guilty to the indictable offence of assault causing bodily harm and to assault (which was dealt with summarily). The charges arose from separate incidents. When appellant appeared on the assault causing bodily harm charge, he elected trial before a provincial court judge thereby foregoing a preliminary inquiry. Both matters were put over to the same date. Defence counsel, when the matter came on to be heard, proposed that it would be more efficient to deal with both charges at once and the Crown consented. Appellant was convicted of both charges.

Appellant's appeal to the Summary Conviction Appeal Court from conviction for assault was not resolved when the appeal from conviction for assault

Ian Scott Clunas *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CLUNAS

^b N° du greffe: 22320.

1991: 12 novembre; 1992: 27 février.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Droit criminel — Procédures — Réunion — Infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et acte criminel faisant l'objet de dénonciations distinctes instruits ensemble avec le consentement des parties — S'agissait-il de deux procès distincts, la preuve produite dans l'un s'appliquant à l'autre? — Un tribunal a-t-il compétence pour instruire deux dénonciations distinctes dans un seul procès? — Peut-on réunir une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et un acte criminel et les juger ensemble? — Les procédures constituaient-elles une irrégularité procédurale et, dans l'affirmative, l'art. 686(1)(b)(iv) du Code criminel peut-il s'appliquer pour maintenir la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), art. 591, 686(1)(b)(iv).

^e L'appelant a plaidé non coupable de l'acte criminel de voies de fait causant des lésions corporelles et de l'infraction de voies de fait, à l'égard de laquelle il a été procédé sommairement. Les accusations concernaient deux incidents séparés. Quand l'appelant a comparu relativement à l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles, il a choisi de subir son procès devant un juge de la Cour provinciale, renonçant ainsi à la tenue d'une enquête préliminaire. Les deux affaires ont été remises à la même date. À l'audience, l'avocat de la défense a dit qu'il serait plus efficace de traiter les deux accusations en même temps et le ministère public y a consenti. L'appelant a été reconnu coupable des deux accusations.

^f L'appel contre le verdict de culpabilité de voies de fait devant la Cour d'appel des poursuites sommaires n'avait pas été tranché lorsque la Cour d'appel a

causing bodily harm was heard and dismissed by the Court of Appeal.

At issue here were: (1) whether the proceedings constituted two separate trials with the evidence in one trial applying in the other trial; (2) whether a court has jurisdiction to try two separate informations in a single trial; (3) whether a summary conviction offence and an indictable offence can be properly joined and tried together; and (4) whether the proceedings constituted a procedural irregularity, and if so, whether s. 686(1)(b)(iv) of the *Criminal Code* could be applied to uphold a conviction.

Held: The appeal should be dismissed.

When joinder of offences, or of accuseds, is being considered, the court should seek the consent of both the accused and the prosecution. If consent is withheld, the reasons should be explored. Whether the accused consents or not, joinder should occur only when, in the court's opinion, it is in the interests of justice and the offences or accuseds could initially have been jointly charged. Here, a trial was conducted simultaneously as regards two distinct informations. This was done at the suggestion of the defence and, therefore, with the accused's consent and that of the Crown.

While an elaborate procedure is provided under the *Criminal Code* for joint trials, all that has to be done is that, to the extent possible, the same procedure should be followed when joining indictments.

Accused persons being dealt with in separate informations at the same time should not be any more compellable against each other, especially in light of s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, than when tried on one single information or indictment. When two or more accused in different informations are charged with the same offence or with different offences, if they are proceeded against jointly, they will not be compellable one against the other. When the Crown chooses to proceed at the same time, the Crown then waives the right to call one accused against the other, as is the case of proceeding against the two accused on the same document. An accused who might wish to testify with respect to only one information should not and would not give his or her consent to a joint trial; and, when consent is withheld, under such

entendu et rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles.

Les questions en litige sont de savoir (1) si les procédures en cause constituaient deux procès distincts, la preuve produite dans l'un s'appliquant à l'autre, (2) si un tribunal a compétence pour instruire deux dénonciations distinctes dans le cadre d'un seul procès, (3) si on peut réunir une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et un acte criminel et les juger ensemble, et (4) si les procédures constituaient une irrégularité procédurale et, dans l'affirmative, si le sous-al. 686(1)(b)(iv) du *Code criminel* s'applique pour maintenir la déclaration de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Lorsqu'on envisage la réunion d'infractions ou d'accusés, le tribunal devrait demander le consentement de l'accusé et de la poursuite. Si le consentement n'est pas donné, il y a lieu de rechercher pour quelle raison. Que l'accusé consente ou non, la réunion ne doit avoir lieu que si la cour est d'avis que cela sert les intérêts de la justice et lorsque les accusations auraient pu être portées, ou les accusés inculpés, conjointement à l'origine. En l'espèce, un seul procès a été tenu relativement à deux dénonciations distinctes. Cela s'est fait sur proposition de la défense et, partant, avec l'assentiment de l'accusé, ainsi que celui du ministère public.

Bien que le *Code criminel* prévoit une procédure élaborée en matière de procès conjoints, il suffit que, dans la mesure du possible, cette même procédure soit suivie pour la réunion d'actes d'accusation.

Les inculpés visés par des dénonciations distinctes instruites en même temps ne devraient pas être davantage contraints de témoigner les uns contre les autres, compte tenu notamment de l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que lorsqu'ils sont jugés à la suite d'une seule dénonciation ou d'un seul acte d'accusation. Quand deux ou plusieurs accusés visés par des dénonciations distinctes sont inculpés de la même infraction ou d'infractions différentes, on ne peut les obliger à témoigner les uns contre les autres dans l'hypothèse où ils feraient l'objet d'un procès conjoint. En choisissant de les poursuivre simultanément, le ministère public renonce au droit de faire témoigner un accusé contre l'autre, comme dans le cas de poursuites exercées contre deux accusés visés par le même document. L'accusé qui pourrait souhaiter témoigner relativement à une seule dénonciation ne devrait pas donner son consentement à un procès conjoint et ne le donnerait pas; et si le consentement était refusé, il ne conviendrait

circumstances it would be inappropriate for the judge to order a joint trial.

Joinder can be effected between charges for summary convictions and charges for indictable offences, notwithstanding the difference in procedure. The difference of the process as regards indictable offences and summary convictions must, however, be kept in mind. That indictable offences must on some occasions, and may in others, be tried by a judge and a jury, is an impediment to proceeding jointly when before that court with a summary conviction. That preliminary inquiries are available for most indictable offences is another impediment for the joinder of trials.

Summary convictions should be joined with indictable offences only where the accused has waived the right to be tried in a higher court (either with or without a jury) and has also foregone his or her right to a preliminary hearing. Joinder therefore may occur only where trial on the indictable offence is to take place before the provincial court. In the event of any conflict as to the applicable procedure, indictable offence procedures should apply.

Where an issue common to both informations has gone to the Summary Conviction Appeal Court and the Court of Appeal, the Summary Conviction Appeal Court should await decision by the higher court.

Proceeding jointly here did not constitute a procedural irregularity.

Cases Cited

Considered: *In re Clayton*, [1983] 2 W.L.R. 555; *Phillips and Phillips v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 161; *Khan v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 62; *Crane v. Director of Public Prosecutions*, [1921] 2 A.C. 299; **distinguished:** *R. v. Pottinger* (1990), 54 C.C.C. (3d) 246; **referred to:** *R. v. Kennedy*, [1971] 2 O.R. 445; *Matheson v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 214; *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. 35; *R. v. Dennis*, [1924] 1 K.B. 867.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(c).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 118(a), 520(1) (as am. S.C. 1985, c. 19, s. 119).

guère, dans une telle situation, que le juge ordonne la tenue d'un procès conjoint.

Malgré la différence d'ordre procédural, il peut y avoir réunion d'accusations dans le cas d'infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et d'actes criminels. Il faut toutefois se rappeler la différence qui existe, quant à la procédure, entre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Le fait que les actes criminels doivent dans certains cas, et peuvent dans d'autres, être instruits par un juge et un jury constitue un empêchement à ce que le même tribunal instruisse en même temps une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Qu'une enquête préliminaire puisse être tenue dans le cas de la plupart des actes criminels fait également obstacle à la réunion des procès.

L'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ne devrait pouvoir être réunie avec un acte criminel que lorsque l'accusé a renoncé au droit d'être jugé par une juridiction supérieure (siégeant avec ou sans jury), de même qu'à son droit à une enquête préliminaire. La réunion ne peut donc avoir lieu que lorsque l'acte criminel est instruit devant la cour provinciale. En cas de conflit quant à la procédure applicable, c'est celle prévue pour les actes criminels qu'il faut retenir.

Lorsqu'une question commune aux deux dénonciations est portée en appel devant la cour d'appel des poursuites sommaires et la cour d'appel, la première devrait attendre la décision de la juridiction supérieure.

La tenue d'un procès conjoint ne constituait pas en l'espèce une irrégularité d'ordre procédural.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *In re Clayton*, [1983] 2 W.L.R. 555; *Phillips et Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161; *Khan c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 62; *Crane c. Director of Public Prosecutions*, [1921] 2 A.C. 299; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Pottinger* (1990), 54 C.C.C. (3d) 246; **arrêts mentionnés:** *R. c. Kennedy*, [1971] 2 O.R. 445; *Matheson c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 214; *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. 35; *R. c. Dennis*, [1924] 1 K.B. 867.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11(c).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 591(1), 686(1b)(iv), 795.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 591(1), 686(1)(b)(iv), 795.

Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 119.

Game Act, R.S.N.B. 1973, c. G-1.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 55. *The Charge Document in Criminal Cases*. Ottawa: The Commission, 1987.

Rules of Criminal Procedure, in *Federal Criminal Code and Rules*, 1991 revised edition. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1991.

Uniform Law Conference of Canada. *Proceedings of the Seventieth Annual Meeting*. Toronto: 1988.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 1, 62 C.C.C. (3d) 551, 4 C.R. (4th) 217, 44 O.A.C. 34, dismissing an appeal from conviction by Seneshen Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Anthony H. Little, Q.C., and *N. Andrew Robinson*, for the appellant.

Beverly A. Brown, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J.—In *R. v. Kennedy*, [1971] 2 O.R. 445, Kelly J.A. made the following pronouncement at pp. 447-48:

In my view, one vital objective of criminal procedure is to ensure that no person exposed to prosecution shall be found guilty otherwise than by the instrumentality of a trial conducted in a manner which will not prejudice him in making his full answer and defence to the charge against him; accordingly, the gravity of any alleged procedural deviation is to be assessed in relation to the extent to which that objective may thereby be impeded.

While I would not countenance any departure from the rigidity with which I believe that this principle should be applied in favour of the accused, I am firmly of the opinion that the importance of departures from the traditional form of procedure from which no

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 118a), 520(1) (mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 119).

Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, ch. 19, art. 119.

Loi sur la chasse, L.R.N.-B. 1973, ch. G-1.

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 55: *Le document d'inculpation*. Ottawa: La Commission, 1987.

Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. *Proceedings of the Seventieth Annual Meeting*. Toronto: 1988.

Rules of Criminal Procedure, in *Federal Criminal Code and Rules*, 1991 revised edition. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1991.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 2 O.R. (3d) 1, 62 C.C.C. (3d) 551, 4 C.R. (4th) 217, 44 O.A.C. 34, qui a rejeté l'appel du verdict de culpabilité prononcé par le juge Seneshen de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Anthony H. Little, c.r., et *N. Andrew Robinson*, pour l'appelant.

Beverly A. Brown, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Dans l'arrêt *R. c. Kennedy*, [1971] 2 O.R. 445, le juge Kelly de la Cour d'appel affirme aux pp. 447 et 448:

[TRADUCTION] Selon moi, un objectif primordial de la procédure criminelle consiste à faire en sorte qu'aucune personne faisant l'objet de poursuites ne soit reconnue coupable autrement que dans le cadre d'un procès tenu de manière que cette personne ne subisse aucun préjudice en présentant une défense pleine et entière à l'accusation portée contre elle. La gravité d'un prétendu écart d'ordre procédural doit donc être appréciée en fonction de la mesure dans laquelle elle peut empêcher l'atteinte de cet objectif.

Bien que n'admettant pas que l'on déroge le moins à la rigueur avec laquelle, à mon avis, ce principe doit être appliqué en faveur de l'accusé, je crois fermement qu'il ne faut pas attacher aux dérogations à la forme traditionnelle de la procédure qui n'entraînent

prejudice arises should not be so escalated as to result in the invalidity of the proceedings where a Court is satisfied that the result would have been the same had the trial proceeded in the manner in which it is alleged it should have.

In the case of *In re Clayton*, [1983] 2 W.L.R. 555, Lord Roskill said at pp. 562-63:

Magistrates' courts today try the vast majority of criminal cases that arise for hearing in this country as well as many civil cases. Any rule of practice or procedure which makes their task more difficult or demands subservience to technicalities is to be deprecated and your Lordships may think that this House should now encourage the adoption of rules of procedure and practice which encourage the better attainment of justice, which includes the interests of the prosecution as well as of defendants, so long as the necessary safeguards are maintained to prevent any risk of injustice to defendants.

I share this approach to criminal procedure and therefore welcome the opportunity afforded us in this appeal to reconsider this Court's decision in *Phillips and Phillips v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 161, and *Khan v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 62.

Introduction

This is an appeal from a decision of the Ontario Court of Appeal, dismissing Clunas' appeal from a conviction for assault causing bodily harm entered by a provincial court judge of Ontario.

The facts need not be entered into at any great length, as we are here concerned with procedure rather than evidence. On September 9, 1988, the appellant and his former girlfriend became involved in an argument which culminated in a physical fight in which two of the woman's fingers were broken. As a result of this, the appellant was charged with assault causing bodily harm, an indictable offence. In the early morning of September 11, 1988, they became involved in another argument which culminated in the appellant's being charged with assault. The charges were contained in separate informations.

aucun préjudice une importance telle qu'elle emporte la nullité des procédures dans un cas où le tribunal est convaincu que l'issue aurait été identique si le procès s'était déroulé de la manière dont on prétend qu'il l'aurait dû.

Dans l'affaire *In re Clayton*, [1983] 2 W.L.R. 555, lord Roskill dit aux pp. 562 et 563:

[TRADUCTION] De nos jours, les cours de magistrat entendent la forte majorité des causes pénales dans ce pays et un bon nombre d'affaires civiles. Toute règle de pratique ou de procédure qui leur rend la tâche plus difficile ou qui les assujettit aux exigences du formalisme est donc à éviter et vos Seigneuries estimeront peut-être que notre Chambre devrait maintenant encourager l'adoption de règles de procédure et de pratique qui favoriseraient mieux l'atteinte de la justice, notamment en ce qui concerne les intérêts tant de la poursuite que des défendeurs, pourvu que soient maintenues les mesures protectrices nécessaires pour parer à tout risque d'injustice pour ces derniers.

Je partage cette façon de voir la procédure criminelle et je me réjouis en conséquence de l'occasion que nous offre le présent pourvoi de réexaminer les décisions rendues par notre Cour dans *Phillips et Phillips c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 161, et *Khan c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 62.

Introduction

La Cour est saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rejetant l'appel interjeté par Clunas contre le verdict de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles inscrit par un juge de la Cour provinciale de l'Ontario.

Comme il s'agit d'une question de procédure plutôt que de preuve, un exposé sommaire des faits suffira. Le 9 septembre 1988, l'appellant et son ancienne amie ont eu une querelle qui a dégénéré en lutte physique au cours de laquelle la femme a eu deux doigts cassés. Par la suite, l'appellant a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles, un acte criminel. Le 11 septembre 1988, tôt le matin, ils se sont de nouveau disputés, en conséquence de quoi l'appellant a été accusé de voies de fait. Les deux accusations étaient portées dans des dénonciations distinctes.

On December 9, 1988, the appellant appeared on the assault charge, which the Crown elected to proceed with summarily. He pleaded not guilty and a trial date was set for April 20, 1989. On January 31, 1989, the appellant appeared on the assault causing bodily harm charge, an indictable offence, and elected trial before a provincial court judge, that is, foregoing the holding of a preliminary inquiry. He indicated he would be pleading not guilty, and the matter was put over to April 20, 1989.

On April 20, 1989, the appellant appeared before the court. Crown counsel advised the judge:

There are two charges before the court. . . . One is a charge of assault causing bodily harm upon one Margaret Gray on the 9th day of September of 1988; second is a charge of common assault upon the same person two days later. I don't know how Your Honour wishes to deal with it. If Your Honour does not want to hear both of them I'm prepared to deal with the first and more serious charge at this time which is a charge of assault causing bodily harm.

The judge indicated he would take the pleas. Defence counsel then spoke:

Your Honour, these two charges, I appreciate that they're on separate informations, but there are a couple of witnesses that Mr. Clunas has brought to court today whose evidence is really one story that flows through from the Saturday night incident to the Sunday morning incident, which is actually Saturday night at a bar. Unless you want to have the witnesses coming up and stepping down again, it's my suggestion it might be more efficient to deal with them both at once. [Emphasis added.]

In response to the trial judge's question, the Crown indicated that it consented to this procedure. The matter then proceeded.

The appellant was convicted of both charges. He appealed his conviction for assault causing bodily

Le 9 décembre 1988, l'appelant a comparu pour répondre à l'accusation de voies de fait, relativement à laquelle le ministère public a décidé de procéder sommairement. L'appelant a plaidé non coupable et le procès a été fixé au 20 avril 1989. Le 31 janvier 1989, l'appelant a comparu relativement à l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles (un acte criminel) et a choisi de subir son procès devant un juge de la Cour provinciale, renonçant ainsi à la tenue d'une enquête préliminaire. L'appelant a manifesté son intention de plaider non coupable et l'affaire a été remise au 20 avril 1989.

Le 20 avril 1989, l'appelant a comparu devant la cour. Le substitut du procureur général a fait au juge les observations suivantes:

[TRADUCTION] La cour est saisie de deux accusations [...] La première est une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles commises contre une nommée Margaret Gray le 9 septembre 1988, la seconde, une accusation de voies de fait simples commises contre la même personne deux jours plus tard. Or, je ne sais pas comment vous souhaitez procéder, votre Honneur. Si vous ne voulez pas entendre les deux ensemble, je suis prêt à prendre maintenant la première et la plus grave des deux accusations, c'est-à-dire celle de voies de fait causant des lésions corporelles.

Le juge a indiqué qu'il recevrait les plaidoyers. L'avocat de la défense a alors pris la parole:

[TRADUCTION] Votre Honneur, je comprends bien que ces deux accusations figurent dans des dénonciations distinctes, mais les dépositions de quelques témoins que M. Clunas a fait venir au palais de justice aujourd'hui constituent en réalité un seul récit qui porte sur toute la période entre l'incident du samedi soir jusqu'à celui du dimanche matin, ce dernier s'étant produit en fait dans la nuit de samedi dans un débit de boissons. À moins que vous ne vouliez que les témoins comparaissent une seconde fois, je crois qu'il serait plus efficace de traiter les deux accusations en même temps. [Je souligne.]

En réponse à une question du juge du procès, le ministère public a donné son assentiment à cette façon de procéder. Le procès a alors suivi son cours.

Ayant été reconnu coupable relativement aux deux accusations, l'appelant a interjeté appel

harm to the Court of Appeal for Ontario which, as I said, dismissed his appeal. Goodman J.A. dissenting, would have set aside the conviction and ordered a new trial.

The appellant appealed his conviction on the assault charge to the Summary Conviction Appeal Court. That appeal had not been resolved as of the date of the Court of Appeal hearing on the assault causing bodily harm charge.

Judgments

Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 1

Referring to *Phillips, supra*, and *Khan, supra*, Doherty J.A. agreed that the appellant was on "solid jurisprudential footing". After reviewing the sequence of events, Doherty J.A. concluded that there had not been a single trial on separate charges. He understood defence counsel's remarks to mean that "all of the evidence would be relevant to both charges". He distinguished this case from *R. v. Pottinger* (1990), 54 C.C.C. (3d) 246 (Ont. C.A.), as defence counsel here was quite aware of the fact that the charges were on separate informations, which was not the case in *Pottinger*.

Doherty J.A. acknowledged that the transcript was capable of a different interpretation, but preferred his interpretation to "one which would depict counsel as unknowingly or, worse yet, deliberately embarking on a course that yielded a nullity". He expressed no opinion as to the assault charge or the applicability of the curative provision of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Goodman J.A. reviewed the evidence and concluded that there was no indication that the trial

devant la Cour d'appel de l'Ontario contre la déclaration de culpabilité de voies de fait causant des lésions corporelles, appel qui, je le répète, a été rejeté. Le juge Goodman, dissident, était d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

L'appellant a porté le verdict de culpabilité de voies de fait en appel devant la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires. Cet appel n'avait pas encore été tranché à la date de l'audience de la Cour d'appel relativement à l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles.

Les jugements

Cour d'appel (1991), 2 O.R. (3d) 1

Se référant aux arrêts *Phillips* et *Khan*, précités, le juge Doherty a convenu que la position de l'appellant était [TRADUCTION] «solidement assise sur la jurisprudence». Après avoir passé en revue la suite des événements, il a conclu qu'il n'y avait pas eu un procès unique portant sur des accusations distinctes. D'après lui, les propos de l'avocat de la défense voulaient dire que [TRADUCTION] «la totalité de la preuve serait pertinente relativement aux deux accusations». Le juge Doherty a fait entre la présente instance et l'affaire *R. c. Pottinger* (1990), 54 C.C.C. (3d) 246 (C.A. Ont.), cette distinction que l'avocat de la défense en l'espèce, à la différence de son homologue dans l'affaire *Pottinger*, était bien conscient de ce que les accusations avaient été portées dans des dénonciations distinctes.

Le juge Doherty a reconnu que la transcription pouvait admettre une interprétation différente, mais il préférait sa propre interprétation à [TRADUCTION] «une autre qui présenterait l'avocat comme ayant inconsciemment ou, pire encore, délibérément adopté une ligne de conduite qui a abouti à une nullité». Il n'a pas exprimé d'avis sur l'accusation de voies de fait ni sur l'applicabilité de la disposition réparatrice du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Au vu de la preuve, le juge Goodman a conclu que rien n'indiquait que le juge du procès avait fait

judge had reviewed and considered the evidence separately as it related to both charges. Further, Goodman J.A. noted at p. 11 that the two charges related to separate incidents which occurred more than 24 hours apart. Although he could see how the evidence relating to the first charge would be relevant to the second, he could not see how the evidence relating to the latter charge would be relevant to the first. Goodman J.A. was of the view, at p. 12, that "the statements made by the trial judge and counsel for the parties, and the manner in which the trial was conducted and judgment given, clearly indicate that the two informations were tried together." He concluded that the statements by the trial judge and counsel were not sufficient to indicate an awareness of the consequences, on the reasoning in *Phillips* and *Khan*, of trying the matters together. He could not distinguish this situation from *Phillips*. He distinguished *Matheson v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 214, on the basis that it dealt with evidentiary issues, rather than the issues raised by *Phillips* and *Khan*. Goodman J.A. would have held that the trial judge had no jurisdiction to try the matters together. Further, *Pottinger* could not be distinguished and, therefore, the curative provisions of the *Criminal Code* were not available. He would have ordered a new trial.

Grange J.A. agreed with the reasoning and result reached by Doherty J.A. However, he added that, while he agreed with Goodman J.A. concerning the difficulty in distinguishing *Pottinger* from the case at bar, he found that not applying the curative provisions appeared to be inconsistent with *R. v. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. 35 (Ont. C.A.).

The Issues

Given the approach I intend to take in this appeal, the issues that I will be addressing will be as follows:

un examen et une appréciation séparés de la preuve en tant qu'elle se rapportait aux deux infractions. En outre, le juge Goodman a fait remarquer, à la p. 11, que les deux accusations concernaient des incidents distincts survenus à plus de 24 heures d'intervalle. Bien que concevant que la preuve se rapportant à la première accusation puisse être pertinente relativement à la seconde, il ne voyait pas en quoi la preuve concernant cette dernière accusation serait pertinente relativement à la première. Il était d'avis (à la p. 12) que [TRADUCTION] «les déclarations faites par le juge du procès et les avocats des parties ainsi que la manière dont le procès a été mené et le jugement rendu indiquent clairement que les deux dénonciations ont été instruites ensemble». Il a conclu que les déclarations du juge du procès et des avocats ne suffisaient pas pour indiquer qu'on se rendait compte des conséquences de l'instruction conjointe des affaires, suivant le raisonnement des arrêts *Phillips* et *Khan*. Il ne pouvait distinguer cette situation d'avec celle de l'affaire *Phillips*. Quant à l'arrêt *Matheson c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 214, il a conclu qu'il avait ceci de différent qu'il traitait de questions de preuve plutôt que des questions soulevées dans les affaires *Phillips* et *Khan*. Le juge Goodman était donc d'avis de conclure que le juge du procès n'avait pas compétence pour juger les affaires ensemble. En outre, selon lui, aucune distinction ne pouvait être faite avec l'arrêt *Pottinger*, si bien qu'il était impossible de se prévaloir des dispositions réparatrices du *Code criminel*. Il était d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Le juge Grange pour sa part a souscrit au raisonnement et à la conclusion du juge Doherty. Il a toutefois ajouté que, s'il partageait l'avis du juge Goodman concernant la difficulté qu'il y avait à distinguer l'arrêt *Pottinger* d'avec la présente espèce, il estimait que l'inapplication des dispositions réparatrices semblait aller à l'encontre de l'arrêt *R. c. Cloutier* (1988), 43 C.C.C. 35 (C.A. Ont.).

Les questions en litige

Étant donné la démarche que j'entends adopter dans le présent pourvoi, je vais traiter des questions suivantes:

- | | | |
|--|----------------------------|--|
| <p>1. Did the proceedings in this case constitute two separate trials with the evidence in one trial applying in the other trial?</p> <p>2. Does a court have jurisdiction to try two separate informations in a single trial?</p> <p>3. Is it proper to join counts of a summary conviction offence and an indictable offence and try them together?</p> <p>4. Did the proceedings constitute a procedural irregularity? If so, can s. 686(1)(b)(iv) of the <i>Criminal Code</i> be applied to uphold a conviction?</p> | <p>a</p> <p>b</p> <p>c</p> | <p>1. Les procédures en l'espèce constituaient-elles deux procès distincts, la preuve produite dans l'un s'appliquant à l'autre?</p> <p>2. Un tribunal a-t-il compétence pour instruire deux dénonciations distinctes dans le cadre d'un seul procès?</p> <p>3. Convient-il de réunir une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et un acte criminel, et de les juger ensemble?</p> <p>4. Les procédures constituaient-elles une irrégularité procédurale? Dans l'affirmative, le sous-al. 686(1)(b)(iv) du <i>Code criminel</i> peut-il s'appliquer de manière à permettre le maintien de la déclaration de culpabilité?</p> |
|--|----------------------------|--|

Issue No. 1

After the exchange I have quoted above, the trial judge then asked the following of counsel of the Crown: "Do you wish to deal with both of them at the same time?" Counsel for the Crown responded, "Yes". The trial judge then said, "I'll hear both of them."

The Crown called evidence and some of the witnesses testified as to both alleged assaults. In the course of making objections reference was made to the fact, in support of the question objected to, that the questions objected to related to a defence of self-defence. In that regard, the following exchange took place between the trial judge and defence counsel:

MR. DOBBIE: The evidence is being led in respect of two charges, Your Honour.

THE COURT: Yes.

MR. DOBBIE: And I've already said that there will be evidence called that relates to a defence of self-defence. I don't know why I'm being asked to repeat that.

d La question n° 1

À la suite de l'échange reproduit ci-dessus, le juge du procès a posé au substitut du procureur général la question suivante: [TRADUCTION] «Voulez-vous que les deux soient traités en même temps?» Ce à quoi le substitut du procureur général a répondu: [TRADUCTION] «Oui.» Le juge du procès a repris: [TRADUCTION] «J'entendrai les deux.»

Le ministère public a alors produit des témoins, dont certains ont déposé relativement aux deux cas de voies de fait reprochés à l'appelant. Des objections ont été soulevées et on a mentionné au soutien des questions contestées que ces dernières concernaient le moyen de défense de légitime défense. Sur ce point, les propos suivants ont été échangés par le juge du procès et l'avocat de la défense:

[TRADUCTION]

M^e DOBBIE: Cette preuve se rapporte à deux accusations, votre Honneur.

LA COUR: Oui.

M^e DOBBIE: Et j'ai déjà dit que des éléments de preuve relatifs au moyen de défense de légitime défense seront produits. Je ne sais pas pourquoi on me demande de le répéter.

THE COURT: On these two counts.

LA COUR: Relativement à ces deux chefs d'accusation.

MR. DOBBIE: At least on the Saturday night incident, yes.

M^e DOBBIE: Du moins concernant l'incident du samedi soir, oui.

THE COURT: All right.

LA COUR: Bon.

The appellant, when called upon to testify, testified concerning both incidents and as to the background relationship to Ms. Gray, the alleged victim. Two other witnesses were called by the defence. One of them testified about the incident on September 9, and the other testified concerning the September 11 altercation. Immediately after the completion of the evidence, the following exchange took place:

Dans sa déposition, l'appelant a témoigné relativement aux deux incidents et a fait l'historique de ses rapports avec M^{me} Gray, la prétendue victime. La défense a produit deux autres témoins, dont l'un a déposé concernant l'incident survenu le 9 septembre, l'autre au sujet de l'altercation du 11 septembre. Immédiatement après l'administration de la preuve, les propos suivants ont été échangés:

[TRADUCTION]

THE COURT: Thank you. Any reply evidence?

d LA COUR: Merci. Y a-t-il de la contre-preuve?

MR. MCHUGH: No, Your Honour.

M^e MCHUGH: Non, votre Honneur.

THE COURT: All right. Argument then, please.

LA COUR: Bien, alors passons à l'argumentation.

Both counsel then argued and then the court concluded as follows:

e Les deux avocats ont alors exposé leurs arguments et la cour est arrivée à la conclusion suivante:

[TRADUCTION]

THE COURT: Thank you. Stand up, Mr. Clunas. Mr. Clunas, on all the evidence brought before this Court and after weighing all the facts very carefully, there will be a conviction registered against you on both counts. I find you guilty. I attach very little credibility to your evidence or that of your witnesses. I don't know whether they were even there the evidence they gave... I accept the Crown's evidence. Any prior record?

f LA COUR: Merci. Levez-vous M. Clunas. M. Clunas, compte tenu de l'ensemble de la preuve présentée à cette Cour et à la suite d'une appréciation très soigneuse des faits, un verdict de culpabilité sera rendu contre vous sur les deux chefs d'accusation. Je vous déclare coupable. Votre témoignage et ceux de vos témoins me paraissent fort peu crédibles. À en juger par ce qu'ils ont dit, je ne sais même pas si ces témoins étaient là. [...] Je retiens la preuve de la poursuite. Le casier judiciaire fait-il état d'autres infractions?

It seems to me that, if there had been an agreement to proceed upon one case and to read in the evidence from that case into another case, a motion to that effect would have been made. It is clear to me, with all due respect for contrary views, that we are here facing a situation where a trial was conducted simultaneously as regards two distinct informations. This was done at the suggestion of

i Il me semble que, s'il avait été convenu d'instruire une accusation et de verser au dossier d'une autre accusation des éléments de preuve concernant la première, une requête à cet effet aurait été présentée. Je n'ai aucun doute, avec égards pour les tenants du point de vue contraire, qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où un seul procès a été tenu relativement à deux dénonciations distinctes. Cela

the defence and, therefore, with the accused's consent. That is also amply clear to me.

Issue No. 2

This, therefore, takes us to the second issue, which is whether a court has jurisdiction to do this. In *Khan, supra*, it was decided that this could not be done. The case in *Khan* was on all fours with the present case. The appellant was charged in separate informations with an indictable offence and with a summary conviction offence. She elected trial by magistrate prior to entering a plea on the indictable offence, was arraigned on both counts, and entered pleas of not guilty. Both informations were tried together and she was convicted on each.

She appealed her conviction and sentences, but the Court of Appeal concluded that there was evidence to sustain the conviction and that the sentences were not inappropriate. This Court, on July 26, 1984 and some nine months after *Phillips, supra*, held that the trial judge in light of the principles pronounced by this Court in *Phillips*, was without jurisdiction to try together the separate informations, and that the *Khan* case was not distinguishable from *Phillips*.

This issue comes back to us now, 7 1/2 years after *Khan* and close to nine years after *Phillips*.

Phillips is a case where two appellants were charged in separate informations with hunting with a light contrary to the New Brunswick *Game Act*, R.S.N.B. 1973, c. G-1. A third person was also charged in a third information of wilfully obstructing police officers in the execution of their duty, contrary to s. 118(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. All charges arose out of the same incident.

s'est fait sur proposition de la défense et, partant, avec l'assentiment de l'accusé. Cela est tout aussi évident à mon sens.

a La question n° 2

Cela nous mène donc à la deuxième question: celle de savoir si un tribunal a compétence pour procéder ainsi. L'arrêt *Khan*, précité, a décidé que non. Or, l'arrêt *Khan* est en tous points analogue à la présente instance. L'appelante avait été accusée, dans des dénonciations distinctes, d'un acte criminel et d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Elle avait choisi de subir son procès devant un magistrat avant d'inscrire un plaidoyer à l'égard de l'acte criminel, avait comparu relativement aux deux chefs d'accusation et avait inscrit des plaidoyers de non-culpabilité. Les deux dénonciations avaient été instruites ensemble et elle avait été déclarée coupable dans chaque cas.

Elle avait interjeté appel de la déclaration de culpabilité et des peines prononcées, mais la Cour d'appel a conclu que la preuve justifiait la déclaration de culpabilité et que les peines n'étaient pas inappropriées. Le 26 juillet 1984, soit quelque neuf mois après son arrêt *Phillips*, précité, notre Cour a statué que, compte tenu des principes posés dans ce dernier arrêt, le juge du procès n'avait pas compétence pour instruire ensemble les dénonciations distinctes et que l'arrêt *Khan* ne pouvait être distingué d'avec l'arrêt *Phillips*.

Nous voici de nouveau saisis de la même question, sept ans et demi après l'arrêt *Khan* et presque neuf ans après l'arrêt *Phillips*.

Dans l'affaire *Phillips*, deux appelants avaient été accusés dans des dénonciations distinctes d'avoir chassé à l'aide d'une lampe, contrevenant ainsi à la *Loi sur la chasse* du Nouveau-Brunswick, L.R.N.-B. 1973, ch. G-1. Une autre personne était aussi accusée, dans une troisième dénonciation, d'avoir volontairement entravé des policiers dans l'exécution de leurs fonctions, contrevenant ainsi à l'al. 118a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Toutes les accusations découlaient du même incident.

Counsel all agreed that the defendants be tried together. The appellants' convictions in Provincial Court were upheld by the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal. They then appealed to our Court to determine whether the trial judge had jurisdiction to try more than one information at the same time.

This Court (Ritchie, Dickson, McIntyre, Chouinard and Wilson JJ.) held that, even with the consent of counsel of the parties, a trial judge is without jurisdiction to try together separate informations or indictments. The principle applies to charges laid under the *Criminal Code* or under provincial statutes, unless those statutes expressly provide otherwise.

The first ground relied upon by this Court was the fact that the decision in *Crane v. Director of Public Prosecutions*, [1921] 2 A.C. 299 (a case from the House of Lords handed down in 1921), reflected ancient and current practice at the time of the hearing in *Phillips*. Indeed, the judgment of the Court, at p. 164, quoted Lord Atkinson in that case at p. 321, saying:

When an accused person has pleaded "Not guilty" to the offences charged against him in an indictment, and another accused person has pleaded "Not guilty" to the offence or offences charged against him in another separate and independent indictment it is, I have always understood, elementary in criminal law, that the issues raised by those two pleas cannot be tried together.

Reference was also made to *R. v. Dennis*, [1924] 1 K.B. 867, which followed *Crane*. A series of appellate cases in Canada was then listed where the rule enunciated in *Crane* had been consistently followed, whether in cases of multiple accused or in cases of a single accused charged on one or more than one indictment or information. Cases where the rule applied to summary convictions under provincial statutes were also referred to and the conclusion, at p. 164, was:

Les avocats ont convenu que les accusés subiraient leur procès en même temps. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont maintenu les déclarations de culpabilité prononcées contre les appelants par la Cour provinciale. Ils se sont donc pourvus devant notre Cour afin qu'il soit déterminé si le juge du procès avait compétence pour juger plus d'une dénonciation à la fois.

Notre Cour (composée des juges Ritchie, Dickson, McIntyre, Chouinard et Wilson) a dit que, même avec le consentement des avocats des parties, le juge du procès n'a pas compétence pour instruire ensemble des dénonciations ou actes d'accusation distincts. Ce principe s'applique aux accusations portées en vertu du *Code criminel* ou en vertu des lois provinciales à moins que celles-ci ne prévoient expressément le contraire.

La Cour s'est appuyée d'abord sur le fait que l'arrêt *Crane c. Director of Public Prosecutions*, [1921] 2 A.C. 299 (rendu par la Chambre des lords en 1921), traduisait un vénérable usage encore suivi à l'époque de l'affaire *Phillips*. De fait, à la p. 164 de son arrêt, notre Cour cite le passage suivant tiré des motifs de lord Atkinson, à la p. 321:

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne a nié sa culpabilité relativement aux infractions qui lui sont imputées dans un acte d'accusation et qu'une autre personne a nié sa culpabilité relativement à l'infraction ou aux infractions que lui impute un acte d'accusation distinct, selon mon interprétation, il est élémentaire en droit criminel que les questions soulevées par ces deux plaidoyers ne peuvent être jugées ensemble.

La Cour cite en outre l'arrêt *R. c. Dennis*, [1924] 1 K.B. 867, qui suivait l'arrêt *Crane*. Vient ensuite une énumération d'arrêts de tribunaux d'appel canadiens où la règle énoncée dans l'arrêt *Crane* avait été uniformément appliquée, que ce soit dans le cas de plusieurs accusés ou dans celui d'un seul accusé inculpé en vertu de plusieurs actes d'accusation ou dénonciations. Des affaires dans lesquelles la règle a été appliquée à des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire prévues dans des lois provinciales s'y trouvent également mentionnées et la Cour conclut, à la p. 164:

The overwhelming weight of authority in Canada, based upon the *Crane* case, *supra*, is against a joint trial of more than one indictment or information.

But the Court did not rest the whole decision on ancient practice (at pp. 169-70, *per* McIntyre J.):

I would be reluctant to rest my decision in this case solely on the basis of ancient practice. I agree with the Ontario Court of Appeal that there is no reason why we should be required to be bound by authority which serves no real purpose and rests upon no sound principle applicable in a modern society. We must not, however, cast aside rules merely because they are of long standing or because they may seem in certain cases to be inconvenient. Can it be said then that the rule against joint trials of separate indictments or informations serves no purpose and is based on no sound principle?

It then set out a second set of grounds for supporting the principle enunciated in *Crane*. Those grounds are set out in the judgment at pp. 170-71, as follows:

The joinder of two or more indictments or informations for trial raises fundamentally different problems from those which arise in the joint trials of several persons accused under one indictment or information. An elaborate procedure is provided under the *Criminal Code* covering joint trials but no such procedure is to be found to deal with questions arising upon a joinder of indictments. Consider, for example, the application of the rule that an accused person is not compellable as a witness at his own trial. Where two accused are charged on separate indictments or informations and tried together in one proceeding there is nothing to prevent the Crown from calling one accused as a witness to testify with respect to the indictment or information charging the other accused because, in respect of that indictment, he does not enjoy the protection accorded an accused person. The risk of prejudice is immediately apparent and the Crown would in this way obtain an advantage not permitted or even contemplated by the *Code* provisions. It could be argued no doubt that the evidence so given would be admissible only against the co-accused but on what principle it could be so limited may be somewhat obscure. Certainly any protection the witness might claim under s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, would be rendered completely illusory. Such protection against the use of the evidence against him applies only to future proceedings

La jurisprudence canadienne, fondée sur l'arrêt *Crane*, précité, est nettement défavorable à la tenue d'un procès conjoint pour plus d'une accusation ou dénonciation.

La décision de la Cour ne reposait toutefois pas sur le seul fondement d'une pratique ancienne (aux pp. 169 et 170, le juge McIntyre):

J'hésiterais, en l'espèce, à fonder ma décision exclusivement sur une pratique ancienne. Je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario qu'il n'y a aucun motif de nous sentir liés par des précédents qui n'ont pas d'utilité réelle et qui ne s'appuient sur aucun principe valable et applicable à la société contemporaine. Toutefois, nous ne devons pas mettre de côté des règles uniquement parce qu'elles sont anciennes ou qu'elles peuvent sembler gênantes dans certains cas. Peut-on dire que la règle qui interdit la tenue de procès conjoints pour des actes d'accusation ou des dénonciations distincts est inutile ou qu'elle ne repose pas sur un principe valable?

La Cour expose ensuite, aux pp. 170 et 171, une seconde série de raisons de soutenir le principe énoncé dans l'arrêt *Crane*:

La réunion, aux fins d'un procès, de deux ou de plusieurs actes d'accusation ou dénonciations soulève des questions fondamentalement différentes de celles que soulèvent les procès conjoints de plusieurs personnes accusées en vertu d'un seul acte d'accusation ou d'une seule dénonciation. Le *Code criminel* énonce une procédure élaborée applicable aux procès conjoints, mais on ne trouve aucune procédure de ce genre applicable aux questions que soulève la réunion d'actes d'accusation. Considérons, par exemple, l'application de la règle portant qu'une personne ne peut être contrainte à témoigner à son propre procès. Lorsque deux accusés font l'objet d'actes d'accusation ou de dénonciations distincts et subissent leur procès ensemble, rien n'interdit à la poursuite de citer un accusé comme témoin à l'égard de l'acte d'accusation ou de la dénonciation qui vise l'autre accusé parce que, quant à cet acte d'accusation, il ne bénéficie pas de la protection accordée à un accusé. Le risque de causer un préjudice est immédiat et la poursuite tirerait ainsi un avantage ni permis ni même envisagé par les dispositions du *Code*. On pourrait sans doute soutenir que le témoignage ainsi rendu ne serait admissible qu'à l'encontre du coaccusé, mais on ne peut dire avec certitude en vertu de quel principe il pourrait être ainsi limité. Il est certain que toute protection que le témoin pourrait revendiquer en vertu de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10,

and not to those in progress when the evidence is given. One may consider as well the case of an accused charged in two separate indictments or informations with different offences. It may be advantageous for him to testify with respect to one charge but not to the other. Such an advantage is lost if both indictments are tried together. This problem to be sure may arise where an accused is charged with separate counts on one indictment or information, but where this occurs he enjoys the protection of the detailed procedural provisions of the *Code* relating to severance. While in retrospect, that is to say, from the vantage point of the appellate courts, it may be possible in any given case to conclude that no prejudice resulted from a joinder for trial of two indictments or informations, it would be impossible for a trial judge to foresee at the outset of the trial all possible consequences of such a joinder. The dangers then of prejudice and injustice are such that they outweigh any advantage or consideration of efficiency thought to be gained by the joinder.

The Court then found support for this approach in the *Criminal Code* when it stated, at p. 171:

It should also be pointed out that the common law rule against joint trials of separate indictments or informations has been incorporated by implication into the *Criminal Code*. Throughout the *Code*, reference is made to trial on *the* indictment or *the* information. Even the provisions in relation to multiple counts and severance indicate that a trial is to proceed on one indictment or information. If it had been contemplated by Parliament that more than one information or indictment could be tried at the same time, these provisions for joinder or severance would have been unnecessary.

Concerning the first set of grounds relied upon by this Court in *Phillips*, it is to be noted that the practice has, since *Crane, supra*, been changed in England by the decision of the House of Lords in *In re Clayton, supra*. This, of course, is not conclusive, since this Court is not bound by the decisions of the House of Lords. Therefore, I will proceed to address the second set of grounds referred to in

deviendrait tout à fait illusoire. Cette protection à l'encontre de l'utilisation de ce témoignage contre lui ne s'applique qu'aux procédures futures et non à celles en cours au moment où le témoignage est rendu. On peut aussi considérer le cas d'une personne accusée d'infractions différentes en vertu de deux actes d'accusation ou dénonciations distincts. Il peut être avantageux pour celle-ci de témoigner à l'égard d'une accusation mais de s'en abstenir à l'égard de l'autre. Cet avantage est perdu si la personne subit un seul procès pour les deux actes d'accusation. Le même problème peut certainement se présenter lorsqu'un accusé est inculpé de plusieurs chefs d'accusation dans un seul acte d'accusation ou une seule dénonciation, mais dans ce cas, il jouit de la protection qu'offrent les dispositions de procédure détaillées du *Code* relatives à la séparation des chefs d'accusation. Bien qu'après coup, c'est-à-dire du point de vue avantageux dont bénéficient les cours d'appel, il puisse être possible dans un cas donné de conclure que la réunion aux fins d'un procès de deux actes d'accusation ou de deux dénonciations n'a causé aucun préjudice, le juge du procès serait dans l'impossibilité de prévoir, au début de celui-ci, toutes les conséquences possibles d'une telle réunion. Les risques de préjudice et d'injustice qui existent alors sont tels qu'ils l'emportent sur tout avantage ou tout élément d'efficacité qu'on croirait gagner par cette réunion.

La Cour indique ensuite que ce point de vue est appuyé par le *Code criminel*, à la p. 171:

Il y a aussi lieu de souligner que la règle de *common law* qui interdit la tenue de procès conjoints pour des actes d'accusation ou des dénonciations distincts est insérée implicitement dans le *Code criminel*. Partout dans le *Code*, on parle de l'instruction de l'acte d'accusation ou de la dénonciation. Même les dispositions relatives aux chefs d'accusation multiples et à leur séparation indiquent qu'un procès doit porter sur un seul acte d'accusation ou une seule dénonciation. Si le législateur avait voulu qu'un seul procès puisse porter sur plus d'un acte d'accusation ou plus d'une dénonciation en même temps, ces dispositions relatives à la réunion ou à la séparation de chefs d'accusation auraient été inutiles.

Pour ce qui est de la première série de motifs sur lesquels notre Cour s'appuyait dans l'arrêt *Phillips*, il convient de souligner que, depuis l'arrêt *Crane*, précité, la pratique a changé en Angleterre à la suite de la décision de la Chambre des lords dans *In re Clayton*, précité. Cela n'est pas déterminant, bien sûr, puisque notre Cour n'est pas liée par les décisions de la Chambre des lords. Je vais

Phillips. With respect, I do not feel that those problems contemplated in *Phillips* will arise.

While an elaborate procedure is provided under the *Criminal Code* for joint trials, all that has to be done is that to the extent possible the same procedure be followed when joining indictments. For joint trials, the same procedure could be followed when proceeding simultaneously on multiple informations.

I do not think, furthermore, that accused persons being dealt with in separate informations at the same time should be any more compellable against each other, especially in light of s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, than when tried on one single information or indictment. When two or more accused in different informations are charged with the same offence or with different offences, if they are proceeded against jointly they will not be compellable one against the other. When the Crown chooses to proceed at the same time, the Crown then waives the right to call one accused against the other, as is the case of proceeding against the two accused on the same document.

I, therefore, with respect for contrary views, do not think that the problem referred to in *Phillips* arises. As regards the concern for an accused who might wish to testify with respect to only one of the informations, I think that such a problem would not arise, as it is a case where consent by the accused to a joint trial should and would not be given; and, when consent is withheld, under such circumstances it would be inappropriate for the judge to order a joint trial.

As regards the third and fourth concerns alluded to by the Court, counsel for the respondent in his factum said the following:

donc traiter de la deuxième série de motifs mentionnés dans *Phillips*. Avec égards, j'estime que les problèmes envisagés dans l'arrêt *Phillips* ne se posent pas.

Bien que le *Code criminel* prévoit une procédure élaborée applicable aux procès conjoints, il suffit que, dans la mesure du possible, cette même procédure soit suivie pour la réunion d'actes d'accusation. Dans le cas des procès conjoints, la même procédure pourrait être suivie pour l'instruction simultanée de dénonciations multiples.

De plus, je ne crois pas que les inculpés visés par des dénonciations distinctes instruites en même temps devraient être davantage contraints de témoigner les uns contre les autres, particulièrement compte tenu de l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que lorsqu'ils sont jugés à la suite d'une seule dénonciation ou d'un seul acte d'accusation. Quand deux ou plusieurs accusés visés par des dénonciations distinctes sont inculpés de la même infraction ou d'infractions différentes, on ne peut les obliger à témoigner les uns contre les autres dans l'hypothèse où ils feraient l'objet d'un procès conjoint. En choisissant de les poursuivre simultanément, le ministère public renonce au droit de faire témoigner un accusé contre l'autre, comme dans le cas de poursuites exercées contre deux accusés visés par le même document.

Avec égards pour les tenants du point de vue contraire, je ne crois pas en conséquence que le problème évoqué dans l'arrêt *Phillips* se pose. Pour ce qui est des préoccupations qu'on peut avoir à l'égard d'un accusé qui pourrait souhaiter témoigner relativement à une seule dénonciation, je doute que ce cas se présente, car à ce moment-là l'accusé ne devrait pas donner son consentement à un procès conjoint et il ne le donnerait pas: de plus, si le consentement était refusé, il ne conviendrait guère, dans une telle situation, que le juge ordonne la tenue d'un procès conjoint.

En ce qui concerne les troisième et quatrième préoccupations formulées par la Cour, l'avocat de l'intimée fait dans son mémoire l'affirmation suivante:

... the court raised the issue of interpretation of provisions in the *Code* referring only to a trial on the "Information" or "Indictment", always worded in the singular. Pursuant to the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, I-21, s. 33(2):

33(2) words in the singular include the plural, and words in the plural include the singular.

Therefore, it is submitted that the provisions in the *Code* relating to trial can be interpreted as referring to the plural "Information" or "Indictment". The court's fourth concern related to the *Code*'s provision for only one type of joint trial. . . . [I]t is submitted that the *Code* provisions as to joinder and severance are not exhaustive, and should not be interpreted so as to exclude a procedure of joint trials permitted by common law. In addition, it is noteworthy that there is no section in the *Code* prohibiting a joint trial of separate Informations.

I agree with the respondent's argument.

To conclude this portion of the judgment, I would say that when joinder of offences, or of accuseds for that matter, is being considered, the court should seek the consent of both the accused and the prosecution. If consent is withheld, the reasons should be explored. Whether the accused consents or not, joinder should only occur when, in the opinion of the court, it is in the interests of justice and the offences or accuseds could initially have been jointly charged.

I would adopt the American federal *Rules of Criminal Procedure* formulation, which is as follows:

The court may order two or more indictments or informations or both to be tried together if the offenses, and the defendants if there is more than one, could have been joined in a single indictment or information. The procedure shall be the same as if the prosecution were under such single indictment or information.

I would also add, quoting from the Law Reform Commission's Working Paper 55, at p. 39, the following:

[TRADUCTION] . . . la cour a soulevé la question de l'interprétation de dispositions du *Code* parlant uniquement d'un procès relatif à la «dénonciation» ou à l'«acte d'accusation», ces termes étant toujours employés au singulier. Or, aux termes de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, par. 33(2):

33(2) Le pluriel ou le singulier s'appliquent, le cas échéant, à l'unité et à la pluralité.

Nous prétendons donc que les dispositions du *Code* relatives au procès peuvent s'interpréter comme employant les mots «dénonciation» et «acte d'accusation» au pluriel. La quatrième préoccupation de la Cour concerne le fait que le *Code* ne prévoit qu'une seule sorte de procès conjoint. [. . .] [n]ous soutenons que les dispositions du *Code* touchant la réunion et la séparation n'ont rien d'exhaustif et ne devraient pas s'interpréter de manière à entraîner l'exclusion d'une procédure de procès conjoints permise par la common law. Il convient en outre de souligner qu'aucun article du *Code* n'interdit l'ins-truction conjointe de dénonciations distinctes.

Je retiens l'argument de l'intimée.

Pour terminer cette partie des motifs, je dirais que lorsqu'on envisage la réunion d'infractions, ou même d'accusés, le tribunal devrait demander le consentement de l'accusé et de la poursuite. Si le consentement n'est pas donné, il y a lieu de rechercher pour quelle raison. Que l'accusé donne ou non son consentement, la réunion ne devrait avoir lieu que si la Cour est d'avis que cela sert les intérêts de la justice et lorsque les accusations auraient pu être portées, ou les accusés inculpés, conjointement à l'origine.

Je fais mienne la formule suivante utilisée dans les *Rules of Criminal Procedure* des États-Unis:

[TRADUCTION] Le tribunal peut ordonner que deux ou plusieurs actes d'accusation ou dénonciations soient instruits conjointement dans le cas où les infractions, de même que les accusés s'il y en a plusieurs, auraient pu être réunis dans un seul acte d'accusation ou une seule dénonciation. La procédure est la même que si la poursuite avait été engagée au moyen d'un seul acte d'accusation ou d'une seule dénonciation.

À quoi j'ajoute, citant le document de travail 55 de la Commission de réforme du droit à la p. 43:

... any particular aspects of the rule in favour of severance would have to be inapplicable in order for this judicial joinder to occur. This rule would thus reflect the rule for unsuccessful severance on a joint charge.

Issue No. 3

This now takes us to the next issue, which is whether, given the difference in procedure, this can be done between charges for summary convictions and charges for indictable offences.

Khan, supra, which was heard and decided in 1984, is a case where that issue arises. Indeed, two informations were jointly heard, one setting out an indictable offence and the other a summary conviction. *Khan*, it will be recalled, was decided on the basis of *Phillips*, which stood as a bar to holding joint trials of separate informations whether these informations contained a mix of indictable alone, summary alone, or a mix of summary and indictable.

Applying *Phillips*, there was no need to address the issue as regards the law as it stood in 1985. Indeed, former s. 520(1) of the *Criminal Code* (now s. 591(1)) permitted joinder of any number of indictable offences in an indictment. No mention was made as regards joining either summary conviction offences together or joining summary conviction offences with indictable offences.

This section was substantially amended in 1985 (*Criminal Law Amendment Act, 1985*, S.C. 1985, c. 19, s. 119), to the effect that any number of counts for any number of offences may be joined in the same indictment. I am of the view that the 1985 amendment took away any impediment that might have existed prior to 1985 as regards coupling summary convictions and indictable offences. Therefore, if one can include, in one

... pour que la réunion soit possible au stade du procès, il faudrait qu'aucun des aspects de la règle favorisant la séparation ne soit applicable en l'espèce. Ainsi, les cas où la réunion serait permise correspondraient aux cas où le tribunal refuserait de séparer des accusations conjointes.

La question n° 3

Cela nous amène à la question suivante, celle de savoir si, compte tenu de la différence sur le plan de la procédure, il peut y avoir réunion d'accusations dans le cas d'infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et d'actes criminels.

Cette question s'est posée justement dans l'affaire *Khan*, précitée, qui a été entendue et tranchée en 1984. Là, en effet, il s'agissait de l'instruction conjointe de deux dénonciations, dont l'une faisait état d'un acte criminel, l'autre d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. Or, la décision dans l'affaire *Khan*, rappelons-le, était fondée sur l'arrêt *Phillips*, qui interdit la tenue de procès conjoints relatifs à des dénonciations distinctes, que celles-ci visent des actes criminels uniquement, des infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire uniquement ou un mélange des deux.

Comme elle appliquait l'arrêt *Phillips*, la Cour n'avait pas à examiner la question de l'état du droit en 1985. De fait, l'ancien par. 520(1) du *Code criminel* (maintenant le par. 591(1)) autorisait la réunion de n'importe quel nombre d'actes criminels dans un acte d'accusation. Aucune mention n'était cependant faite de la réunion d'infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ni de la réunion de ces infractions et d'actes criminels.

Cet article a subi en 1985 (*Loi de 1985 modifiant le droit pénal*, S.C. 1985, ch. 19, art. 119) une modification importante par suite de laquelle plusieurs chefs d'accusation visant plusieurs infractions peuvent être réunis dans le même acte d'accusation. J'estime pour ma part que la modification de 1985 est venue lever tout empêchement ayant pu exister jusque-là en ce qui concerne la réunion d'infractions punissables sur déclaration de culpa-

indictment, summary conviction offences and indictable offences, one should for the reasons I have given previously, be able to proceed jointly when these offences are contained in two distinct informations. Also, it must be noted that s. 795 of the *Criminal Code* states that s. 591(1) is applicable to summary conviction proceedings. There is nothing wrong with so doing. We must nevertheless keep in mind the difference of the process as regards indictable offences and summary convictions. It is obvious that the fact that indictable offences must on some occasions, and may in others, be tried by a judge and a jury, is an impediment to proceeding jointly when before that court with a summary conviction.

Secondly, the fact that preliminary inquiries are available for most indictable offences is another impediment for the joinder of trials. I would, therefore, adopting the suggestion of the Law Reform Commission in its Working Paper, at p. 39, state the following:

... summary conviction offences should be joined with indictable offences only where the accused has waived the right to be tried in a higher court (either with or without a jury) and has also foregone his right to a preliminary hearing. In other words, joinder may occur only where trial on the indictable offence is to take place before the provincial court.

This will occur only when on the indictable offence the accused either will have chosen a trial by provincial court judge under Part XIX or, having chosen a trial by judge under Part XIX, has waived his preliminary. As suggested by the Law Reform Commission, in the event of any conflict as to the applicable procedure, indictable offence procedures should apply and crimes triable by jury may be joined with those carrying no right to a jury trial (or preliminary inquiry) provided the accused has consented to the trial of both matters

bilité par procédure sommaire et d'actes criminels. Par conséquent, s'il est possible d'inclure dans un seul acte d'accusation infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et actes criminels, il devrait être possible, pour les raisons exposées ci-dessus, de juger ces infractions conjointement lorsqu'elles figurent dans deux dénonciations distinctes. Il faut souligner en outre qu'aux termes de l'art. 795 du *Code criminel*, le par. 591(1) s'applique aux procédures sommaires. Il n'y a rien à redire à cela. Nous devons néanmoins nous rappeler la différence qui existe, quant à la procédure, entre les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. De toute évidence, le fait que les actes criminels doivent dans certains cas, et peuvent dans d'autres, être instruits par un juge et un jury constitue un empêchement à ce que le même tribunal instruisse alors en même temps une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Ensuite, le fait qu'il peut y avoir une enquête préliminaire dans le cas de la plupart des actes criminels fait également obstacle à la réunion des procès. J'adopte donc la proposition formulée dans le document de travail de la Commission de réforme du droit aux pp. 43 et 44:

... l'infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ne devrait pouvoir être réunie avec un acte criminel que lorsque l'accusé a renoncé au droit d'être jugé par une juridiction supérieure (siégeant avec ou sans jury), de même qu'à son droit à une enquête préliminaire. Autrement dit, la réunion ne pourrait avoir lieu que lorsque l'acte criminel est instruit devant la cour provinciale.

Cela se produira seulement lorsque, en ce qui concerne l'acte criminel, l'accusé choisit un procès devant un juge de cour provinciale en vertu de la partie XIX ou, ayant choisi en vertu de la même partie de subir son procès devant un juge, renonce à l'enquête préliminaire. Comme l'indique la Commission de réforme du droit, en cas de conflit quant à la procédure applicable, c'est celle prévue pour les actes criminels qu'il faut retenir, et les crimes susceptibles d'être instruits devant un jury peuvent être réunis à ceux qui ne le sont pas (ou

in a forum without a jury and without a preliminary inquiry.

I find support in taking this direction from a resolution passed by the Uniform Law Conference of Canada (which is composed of all Deputy Ministers of Justice or Deputy Attorneys General, representatives of the Canadian Bar, and other parties appended to the justice system), in August of 1988 in the course of their proceedings of the 70th annual meeting of that body. It was resolved that the *Criminal Code* be amended to allow for the joinder of summary convictions and indictable offences, with the indictable procedure to then apply.

There remains the problem of appeals. Of course, in cases where an issue common to both informations has gone to the Summary Conviction Appeal Court and the Court of Appeal, common sense would dictate that the Summary Conviction Appeal Court should await decision by the higher court.

Issue No. 4

The final question is whether, in this case, proceeding jointly constituted a procedural irregularity. Obviously, no. There is no suggestion on the part of the appellant that there was, understandably so since it was at the appellant's own suggestion that both informations were tried at the same time.

Disposition

For all of these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Little, Reeves, Mahoney & Jarrett, London.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

qui ne donnent pas lieu à une enquête préliminaire), pourvu que l'accusé ait consenti à ce que les deux soient instruits sans jury ni enquête préliminaire.

Mon opinion est appuyée par une résolution qu'a adoptée en août 1988, dans le cadre de sa soixante-dixième réunion annuelle, la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada (composée de tous les sous-ministres de la Justice ou sous-procureurs généraux, de représentants du barreau canadien et d'autres personnes liées au système de justice). Il a été résolu en effet que le *Code criminel* soit modifié de manière à permettre la réunion d'infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et d'actes criminels, auquel cas la procédure applicable serait celle prévue pour les actes criminels.

Reste le problème des appels. Évidemment, lorsqu'une question commune aux deux dénonciations est portée en appel devant la cour d'appel en matière de poursuites sommaires et la cour d'appel, le bon sens exige que la première attende la décision de la juridiction supérieure.

La question n° 4

La dernière question est celle de savoir si, en l'espèce, la tenue d'un procès conjoint constituait une irrégularité d'ordre procédural. Ce n'était évidemment pas le cas. L'appelant ne prétend pas que ce l'était et cela se comprend puisque c'est l'appelant lui-même qui a proposé l'instruction simultanée des deux dénonciations.

Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Little, Reeves, Mahoney & Jarrett, London.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Herbert Green *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GREEN

File No.: 22277.

1992: February 7; 1992: February 27.

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

ON APPEAL FROM THE NOVA SCOTIA SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Criminal law — Demand for blood samples — Whether demand must incorporate assurances that blood samples will only be taken by or under direction of qualified medical practitioner and that taking of samples will not endanger person's life or health — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3), (4), (5).

The accused was involved in a motor vehicle accident and sustained several injuries. At the hospital where he was taken for treatment, a police officer advised him of his right to retain and instruct counsel without delay. The officer, who had reasonable grounds to believe that the accused had been drinking, made a demand for blood samples under s. 254(3) of the *Criminal Code*. The demand did not incorporate the assurances of s. 254(4) that the samples of blood would only be taken by or under the direction of a qualified medical practitioner and that the taking of the samples would not endanger the person's life or health. The accused refused and was charged with failing to comply with a demand to provide samples of his blood contrary to s. 254(5). He was acquitted at trial and the acquittal affirmed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

A demand for blood samples by a peace officer pursuant to s. 254(3) of the *Code* must incorporate the assurances of s. 254(4) that the samples of blood will only be taken by or under the direction of a qualified medical practitioner and that the taking of those samples will not endanger the life or health of the person. Because the demand made to the accused was not validly made under s. 254(3), he cannot be convicted under

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Herbert Green *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. GREEN

b N° du greffe: 22277.

1992: 7 février; 1992: 27 février.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE, SECTION D'APPEL

Droit criminel — Ordre de fournir des échantillons de sang — L'ordre doit-il comprendre les garanties que les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié ou sous sa direction et ne mettront pas en danger la vie ou la santé de la personne visée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3), (4), (5).

L'accusé a été impliqué dans un accident de la circulation et a subi plusieurs blessures. À l'hôpital où il a été conduit pour recevoir des soins, un agent de police l'a informé de son droit de retenir sans délai les services d'un avocat. L'agent, qui avait des motifs raisonnables de croire que l'accusé avait bu, lui a donné l'ordre de fournir des échantillons de sang en vertu du par. 254(3) du *Code criminel*. L'ordre n'énonçait pas les garanties prévues au par. 254(4) selon lesquelles les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié ou sous sa direction et ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé de la personne visée. L'accusé a refusé et a été accusé de refus de fournir des échantillons de sang en contravention du par. 254(5). Il a été acquitté à son procès et la Cour d'appel a confirmé son acquittement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'ordre de fournir un échantillon de sang donné par un agent de la paix en vertu du par. 254(3) du *Code* doit énoncer les garanties prévues au par. 254(4) selon lesquelles les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié ou sous sa direction et ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé de la personne. Puisque l'ordre donné à l'accusé n'a pas été valablement donné en vertu du par. 254(3), il

s. 254(5) for the offence of failing to comply with a demand under s. 254.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 36], s. 254(3), (4), (5).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division (1990), 100 N.S.R. (2d) 82, 272 A.P.R. 82, 60 C.C.C. (3d) 362, 25 M.V.R. (2d) 281, dismissing the Crown's appeal from accused's acquittal on a charge of failing to comply with a blood sample demand. Appeal dismissed.

Robert C. Hagell, for the appellant.

Douglas L. MacLellan, Q.C., and *Maurice G. Smith*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—On June 25, 1989, the respondent was involved in a single vehicle accident. He sustained several injuries including a cut on his forehead and a fracture of his femur above the right knee. The ambulance attendants detected the odour of alcohol on the respondent. He told them he had been drinking. The respondent was taken to the hospital for treatment. When the ambulance attendants left the examination room, they spoke to Corporal Holmes of the R.C.M.P. Corporal Holmes entered the examination room and spoke to the respondent who was complaining of pain in his leg. He advised the respondent of his right to retain and instruct counsel without delay. He then read the following demand:

I demand you provide such samples of your blood as in the opinion of a qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples are necessary to determine the concentrations if any of alcohol in your blood. Should you refuse this demand, you will be charged with the offence of Refusal.

ne peut pas être reconnu coupable, en vertu du par. 254(5), de refus d'obtempérer à un ordre donné en vertu de l'art. 254.

a Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 36], art. 254(3) [mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 6)], (4), (5).

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, Section d'appel (1990), 100 N.S.R. (2d) 82, 272 A.P.R. 82, 60 C.C.C. (3d) 362, 25 M.V.R. (2d) 281, qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à l'accusation de refus d'obtempérer à un ordre de fournir un échantillon de sang. Pourvoi rejeté.

Robert C. Hagell, pour l'appelante.

Douglas L. MacLellan, c.r., et *Maurice G. Smith*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le 25 juin 1989, l'intimé a été impliqué dans un accident concernant une seule voiture. Il a subi plusieurs blessures, dont une coupure au front et une fracture du fémur au-dessus du genou droit. Les ambulanciers ont perçu une odeur d'alcool émanant de l'intimé. Il leur a dit avoir bu. L'intimé a été conduit à l'hôpital pour y recevoir des soins. Lorsque les ambulanciers ont quitté la salle d'examen, ils ont parlé au caporal Holmes de la G.R.C. Celui-ci est entré dans la salle d'examen et a parlé à l'intimé, qui se plaignait de douleurs à la jambe. Le caporal Holmes a informé l'intimé de son droit de retenir sans délai les services d'un avocat. Il lui a alors lu l'ordre suivant:

[TRADUCTION] Je vous ordonne de fournir les échantillons de sang qui, de l'avis du médecin ou du technicien qualifié qui fera les prélèvements, sont nécessaires pour déterminer votre alcoolémie. Si vous refusez d'obéir à mon ordre, vous serez accusé de refus de fournir un échantillon.

The respondent refused the demand. He was charged with refusing to comply with a demand to provide samples of his blood contrary to s. 254(5) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

The respondent was acquitted at trial in the Nova Scotia Provincial Court. The Crown's appeal was dismissed by the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia: (1990), 100 N.S.R. (2d) 82, 272 A.P.R. 82, 60 C.C.C. (3d) 362, 25 M.V.R. (2d) 281. Leave to appeal to this Court was then granted, [1991] 1 S.C.R. xiii.

The relevant provisions of the *Code* read as follows:

254. ...

(3) Where a peace officer believes on reasonable and probable grounds that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, as a result of the consumption of alcohol, an offence under section 253, the peace officer may, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, require that person to provide then or as soon thereafter as is practicable

(a) such samples of the person's breath as in the opinion of a qualified technician, or

(b) where the peace officer has reasonable and probable grounds to believe that, by reason of any physical condition of the person,

(i) the person may be incapable of providing a sample of his breath, or

(ii) it would be impracticable to obtain a sample of the person's breath,

such samples of the person's blood, under the conditions referred to in subsection (4), as in the opinion of the qualified medical practitioner or qualified technician taking the samples

are necessary to enable proper analysis to be made in order to determine the concentration, if any, of alcohol in the person's blood, and to accompany the peace

L'intimé a refusé d'obtempérer à l'ordre donné. Il a été accusé de refus de fournir des échantillons de sang en contravention du par. 254(5) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

L'intimé a été acquitté à son procès en Cour provinciale de la Nouvelle-Écosse. L'appel interjeté par le ministère public a été rejeté par la Section d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse: (1990), 100 N.S.R. (2d) 82, 272 A.P.R. 82, 60 C.C.C. (3d) 362, 25 M.V.R. (2d) 281. Notre Cour a ensuite accordé une autorisation de pourvoi, [1991] 1 R.C.S. xiii.

Voici les dispositions pertinentes du *Code*:

254. ...

(3) L'agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, par suite d'absorption d'alcool, une infraction à l'article 253 peut lui ordonner immédiatement ou dès que possible de lui fournir immédiatement ou dès que possible les échantillons suivants:

a) soit les échantillons d'haleine qui de l'avis d'un technicien qualifié sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie;

b) soit les échantillons de sang suivant le paragraphe (4), qui, de l'avis d'un technicien ou d'un médecin qualifiés sont nécessaires à l'analyse convenable pour permettre de déterminer son alcoolémie, dans le cas où l'agent de la paix a des motifs raisonnables de croire qu'à cause de l'état physique de cette personne, une de ces conditions se présente:

(i) celle-ci peut être incapable de fournir un échantillon d'haleine,

(ii) le prélèvement d'un échantillon d'haleine ne serait pas facilement réalisable.

Aux fins de prélever les échantillons de sang ou d'haleine, l'agent de la paix peut ordonner à cette personne de le suivre.

officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

(4) Samples of blood may only be taken from a person pursuant to a demand made by a peace officer under subsection (3) if the samples are taken by or under the direction of a qualified medical practitioner and the qualified medical practitioner is satisfied that the taking of those samples would not endanger the life or health of the person.

(5) Every one commits an offence who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a demand made to him by a peace officer under this section.

This case raises the issue of whether a demand for blood samples by a peace officer pursuant to s. 254(3) must incorporate the assurances of s. 254(4) that the samples of blood will only be taken by or under the direction of a qualified medical practitioner and only if the qualified medical practitioner is satisfied that the taking of those samples would not endanger the life or health of the patient. In other words, it raises the question whether the phrase "under the conditions referred to in subsection (4)", which appears in s. 254(3), should be interpreted as describing what the demand should contain. In my view it should. Otherwise, the phrase would be surplusage. Parliament's purpose appears to be directed to putting to rest the fear that an improper procedure might be followed or that unqualified persons might conduct the procedure. The danger is that a person might be prompted to refuse to take the test on such grounds. While a detained person has the right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it must be remembered that the blood sample, unlike a breath test, may be taken in circumstances where a person is particularly vulnerable. Finally, while s. 254(3) is not a model of clarity, any ambiguity should be resolved in favour of the accused. Because the demand made to the respondent was not validly made under s. 254(3) as thus interpreted, the respondent cannot be convicted under s. 254(5) for the offence of failing to comply with a demand under s. 254.

(4) Les échantillons de sang ne peuvent être prélevés d'une personne à la suite d'un ordre de l'agent de la paix en vertu du paragraphe (3) que par un médecin qualifié ou sous sa direction et à la condition qu'il soit convaincu que ces prélèvements ne risquent pas de mettre en danger la vie ou la santé de cette personne.

(5) Commet une infraction quiconque, sans excuse raisonnable, fait défaut ou refuse d'obtempérer à un ordre que lui donne un agent de la paix en vertu du présent article.

La présente affaire soulève la question de savoir si l'ordre de fournir un échantillon de sang fait par un agent de la paix en vertu du par. 254(3) doit comprendre les garanties prévues au par. 254(4) selon lesquelles les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié ou sous sa direction et à la condition qu'il soit convaincu que ces prélèvements ne risqueront pas de mettre en danger la vie ou la santé du patient. En d'autres mots, elle soulève la question de savoir si l'expression «suivant le paragraphe (4)», qui figure au par. 254(3), devrait être interprétée comme décrivant ce que l'ordre devrait contenir. À mon avis, elle devrait l'être. Sinon, l'expression serait superflue. Le but recherché par le législateur paraît être de dissiper la crainte que la procédure suivie ne soit pas appropriée ou soit confiée à des personnes non qualifiées. Le danger dans un tel cas est qu'une personne puisse être incitée à refuser le prélèvement de l'échantillon pour des raisons de ce genre. Alors qu'un détenu a le droit de recourir aux services d'un avocat en vertu de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il faut se rappeler que l'échantillon de sang, contrairement à l'échantillon d'haleine, peut être prélevé dans des circonstances où une personne est tout particulièrement vulnérable. Enfin, si le par. 254(3) n'est pas un modèle de clarté, toute ambiguïté devrait être résolue en faveur de l'accusé. Puisque l'ordre donné à l'intimé n'a pas été valablement donné en vertu du par. 254(3) ainsi interprété, l'intimé ne peut pas être reconnu coupable en vertu du par. 254(5) de refus d'obtempérer à un ordre donné en vertu de l'art. 254.

I note that following the decision in the courts below, the R.C.M.P. issued new demand cards adding the following sentence to the previous notice:

Blood samples will only be taken by or under the direction of a qualified medical practitioner and if the qualified medical practitioner is satisfied that the taking of the samples will not endanger your life or health.

A demand made in accordance with this new form would, in my view, comply with the requirements of s. 254(3).

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitors for the respondent: Douglas L. MacLellan and Maurice G. Smith, Antigonish.

Je souligne qu'à la suite des décisions des cours d'instance inférieure, la G.R.C. a distribué de nouvelles cartes sur lesquelles le texte de l'ordre antérieur est complété par la phrase suivante:

^a [TRADUCTION] Les prélèvements d'échantillons de sang ne seront effectués que par un médecin qualifié ou sous la supervision de celui-ci, s'il est d'avis que les prélèvements ne risquent pas de mettre en danger votre vie ou votre santé.

^b Un ordre ainsi libellé serait, à mon avis, conforme aux exigences du par. 254(3).

^c Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

^d *Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

Procureurs de l'intimé: Douglas L. MacLellan et Maurice G. Smith, Antigonish.

David Paul Moore *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MOORE

File No.: 22169.

1992: February 28.

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

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

Constitutional law — Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Preliminary inquiry — Judge presiding at preliminary inquiry having no jurisdiction to decide whether legislation violates Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

Criminal law — Preliminary inquiry — Jurisdiction — Judge presiding at preliminary inquiry having no jurisdiction to decide whether legislation violates Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

Criminal law — Committal for trial — Some evidence upon which accused could be committed for trial on charge of unlawful confinement — Accused's application to quash committal order properly dismissed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

Cases Cited

Applied: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 115, 268 A.P.R. 115, 60 C.C.C. (3d) 286, dismissing the accused's appeal from a judgment of McQuaid J. (1989), 78 Nfld. & P.E.I.R. 284, 244 A.P.R. 284, 51 C.C.C. (3d) 566, dismissing his application to quash an order that he

David Paul Moore *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MOORE

N^o du greffe: 22169.

^b

1992: 28 février.

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

^c

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Tribunal compétent — Enquête préliminaire — Le juge président à l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour décider si les dispositions législatives violent la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

^d

Droit criminel — Enquête préliminaire — Compétence — Le juge président à l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour décider si les dispositions législatives violent la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

^e

^f

Droit criminel — Renvoi à procès — Éléments de preuve justifiant le renvoi à procès de l'accusé relative à une accusation de séquestration illégale — Requête de l'accusé en annulation de l'ordonnance de renvoi à procès rejetée à bon droit — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

^g

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

^h

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

ⁱ

POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 115, 268 A.P.R. 115, 60 C.C.C. (3d) 286, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre un jugement du juge McQuaid (1989), 78 Nfld. & P.E.I.R. 284, 244 A.P.R. 284, 51 C.C.C. (3d) 566, qui avait rejeté sa requête en

stand trial on a charge of unlawful confinement.
Appeal dismissed.

Marc Rosenberg, for the appellant.

Darrell E. Coombs, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally
by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Coombs. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Sopinka.

SOPINKA J.—The judge at the preliminary hearing was correct in holding that he did not have jurisdiction to decide whether s. 279(3) violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this regard, this case is governed by this Court's decision in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. Accordingly, it is not necessary for this Court to deal with the constitutional question.

Furthermore, we are of the opinion that there was some evidence upon which the appellant could be committed for trial, and the preliminary court judge, therefore, did not exceed his jurisdiction. The appeal is, therefore, dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Solicitor for the respondent: Darrell E. Coombs, Charlottetown.

annulation d'une ordonnance visant à lui faire subir son procès relativement à une accusation de séquestration illégale. Pourvoi rejeté.

a Marc Rosenberg, pour l'appelant.

Darrell E. Coombs, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu
b oralement par

LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Coombs. La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge
c Sopinka.

LE JUGE SOPINKA—Le juge, à l'audience préliminaire, a eu raison de conclure qu'il n'avait pas compétence pour décider si le par. 279(3) viole la
d *Charte canadienne des droits et libertés*. À cet égard, c'est l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, de notre Cour qui s'applique à la présente affaire. Par conséquent, il n'est pas nécessaire à
e notre Cour d'examiner la question constitutionnelle.

De plus, nous sommes d'avis qu'il y avait des éléments de preuve justifiant le renvoi à procès de l'appelant et que le juge, à l'audience préliminaire, n'a donc pas excédé sa compétence. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

g Procureurs de l'appelant: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

h Procureur de l'intimée: Darrell E. Coombs, Charlottetown.

The Attorney General of Quebec *Appellant*

Le procureur général du Québec *Appelant*

v.

c.

Transport G. Courchesne Inc. *Respondent*

Transport G. Courchesne Inc. *Intimée*

INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. TRANSPORT G. COURCHESNE INC.

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. TRANSPORT G. COURCHESNE INC.

File No.: 22242.

b N° du greffe: 22242.

1992: February 28.

1992: 28 février.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Criminal law — Violation of Quebec Highway Safety Code — Vehicle found to be carrying excess load when weighed — Approved scale — Proof.

Droit criminel — Infraction au Code de la sécurité routière du Québec — Surcharge lors de la pesée d'un véhicule — Balance approuvée — Preuve.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, J.E. 90-1556, dismissing the appellant's appeal from a judgment of the Superior Court,¹ upholding the respondent's acquittal by the Court of Quebec.² Appeal allowed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, J.E. 90-1556, qui a rejeté l'appel de l'appelant à l'encontre d'un jugement de la Cour supérieure¹, qui avait confirmé l'acquittement de l'intimée prononcé par la Cour du Québec². Pourvoi accueilli.

Claude LaRochelle and Jacques Gauvin, for the appellant.

Claude LaRochelle et Jacques Gauvin, pour l'appelant.

Gilles Lafrenière, for the respondent.

Gilles Lafrenière, pour l'intimée.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LAMER C.J.—We are all of the view that the appeal should be allowed for the reasons set out by Mr. Justice LeBel of the Court of Appeal in his dissenting reasons.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes tous d'avis d'accueillir ce pourvoi, pour les motifs énoncés par M. le juge LeBel dans sa dissidence en Cour d'appel.

The appeal is therefore allowed; the decision of the Court of Appeal is set aside as well as the judgments of the Superior Court and of the Court of Quebec and a new trial is ordered.

Le pourvoi est donc accueilli; l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé ainsi que les jugements de la Cour supérieure et de la Cour du Québec et un nouveau procès est ordonné.

¹ Sup. Ct. Saint-Hyacinthe, No. 750-36-000024-889, January 13, 1989.

¹ C.S. Saint-Hyacinthe, n° 750-36-000024-889, le 13 janvier 1989.

² C.Q. Saint-Hyacinthe, No. 750-27-000345-887, October 7, 1988.

² C.Q. Saint-Hyacinthe, n° 750-27-000345-887, le 7 octobre 1988.

As determined when leave to appeal was granted, the respondent is entitled to costs in the application for leave to appeal and in the appeal on a party and party basis.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Claude LaRochelle, Ste-Foy.

Solicitors for the respondent: Clair, Laplante & Associés, Drummondville.

Tel que décidé lors de l'autorisation d'en appeler, l'intimée a droit à ses dépens relatifs à la requête et au pourvoi comme entre parties.

a

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Claude LaRochelle, Ste-Foy.

b

Procureurs de l'intimée: Clair, Laplante & Associés, Drummondville.

**Newfoundland Telephone Company
Limited Appellant**

v.

**The Board of Commissioners of Public
Utilities Respondent**

INDEXED AS: NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO. v.
NEWFOUNDLAND (BOARD OF COMMISSIONERS OF
PUBLIC UTILITIES)

File No.: 22060.

1991: November 7; 1992: March 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

*Administrative law — Apprehension of bias — Policy-
making board — Board member expressing strong views
as to issue board considering — Decision made after
Board declined to remove member from panel — Extent
to which an administrative board member may comment
on matters before the board — Whether reasonable
apprehension of bias — If so, whether decision void or
merely voidable.*

Respondent Board, whose members are appointed by
cabinet subject only to the qualification that they not be
employed by or have an interest in a public utility, regu-
lates appellant. One commissioner, a former consumers'
advocate playing the self-appointed role of champion of
consumers' rights on the Board, made several strong
statements which were reported in the press against
appellant's executive pay policies before a public hear-
ing was held by the Board into appellant's costs. When
the hearing commenced, appellant objected to this com-
missioner's participation on the panel because of an
apprehension of bias. The Board found that it had no
jurisdiction to rule on its own members and decided that
the panel would continue as constituted. A number of
public statements relating to the issue before the Board
were made by this commissioner during the hearing and
before the Board released its decision which (by a
majority which included the commissioner at issue) dis-
allowed some of appellant's costs. A minority would

**Newfoundland Telephone Company
Limited Appelante**

c.

**The Board of Commissioners of Public
Utilities Intimée**

b RÉPERTORIÉ: NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO. c.
TERRE-NEUVE (BOARD OF COMMISSIONERS OF PUBLIC
UTILITIES)

N° du greffe: 22060.

c 1991: 7 novembre; 1992: 5 mars.

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

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

*Droit administratif — Crainte de partialité — Com-
mission chargée de l'élaboration de politiques — Un
membre de la Commission a exprimé des opinions bien
arrêtées sur une question dont la Commission était sai-
sie — Décision rendue après le refus de la Commission
d'écarter ce membre de la formation étudiant la ques-
tion — Dans quelle mesure un membre d'une commis-
sion administrative peut-il commenter des questions
soumises à la commission? — Y a-t-il eu une crainte
raisonnable de partialité? — Dans l'affirmative, la déci-
sion rendue était-elle nulle ou seulement susceptible
d'annulation?*

La Commission intimée, dont les membres sont
nommés par le cabinet à la seule condition qu'ils ne
soient pas employés par une entreprise de services
publics et qu'ils n'aient aucun intérêt dans une telle
entreprise, assure la réglementation de l'appelante. Un
commissaire, ancien défenseur des droits des consom-
mateurs qui a décidé de jouer ce même rôle au sein de la
Commission, a fait, antérieurement à la tenue d'une
audience publique par la Commission relativement aux
frais de l'appelante, plusieurs déclarations, diffusées
dans la presse, attaquant énergiquement les politiques de
l'appelante en matière de rémunération de ses cadres.
Au début de l'audience, l'appelante, invoquant une
crainte de partialité, s'est opposée à ce que ce commis-
saire siège dans l'affaire. La Commission a conclu
qu'elle n'avait pas compétence pour statuer sur les cas
de ses membres et a décidé que la formation des com-
missaires resterait telle quelle. Pendant le déroulement
de l'audience et avant que la Commission (à la majorité,

have allowed these costs. Appellant appealed both the order of the Board and the Board's decision to proceed with the panel as constituted to the Court of Appeal.

The Court of Appeal found that the Board had complete jurisdiction to determine its own procedures and all questions of fact and law and that it declined to exercise its jurisdiction when it refused to remove the commissioner from the panel. Although the court concluded that there was a reasonable apprehension of bias, it held that the Board's decision was merely voidable and that, given that the commissioner's mind was not closed to argument, the Board's order was valid.

The issues under consideration here were: (1) the extent to which an administrative board member may comment on matters before the board and, (2) the result which should obtain if a decision of a board is made in circumstances where a reasonable apprehension of bias is found.

Held: The appeal should be allowed.

The duty of fairness applies to all administrative bodies. The extent of that duty, however, depends on the particular tribunal's nature and function. The duty to act fairly includes the duty to provide procedural fairness to the parties. That simply cannot exist if an adjudicator is biased. Because it is impossible to determine the precise state of mind of an adjudicator who has made an administrative board decision, an unbiased appearance is an essential component of procedural fairness. The test to ensure fairness is whether a reasonably informed bystander would perceive bias on the part of an adjudicator.

There is a great diversity of administrative boards. Those that are primarily adjudicative in their functions will be expected to comply with the standard applicable to courts: there must be no reasonable apprehension of bias with regard to their decision. At the other end of the scale are boards with popularly elected members where the standard will be much more lenient. In such circumstances, a reasonable apprehension of bias occurs if a board member pre-judges the matter to such an extent

ledit commissaire étant du nombre des majoritaires) ne rende sa décision refusant certains frais de l'appelante, le commissaire en question a fait plusieurs déclarations publiques concernant la question dont la Commission était saisie. La minorité était d'avis d'admettre ces frais. L'appelante a contesté devant la Cour d'appel l'ordonnance de la Commission et la décision de celle-ci de permettre que l'audience ait lieu devant la formation telle qu'elle était constituée.

La Cour d'appel a conclu que la Commission a une compétence absolue pour décider de ses propres procédures et pour statuer sur toutes questions de fait et de droit et que son refus d'écartier le commissaire de la formation constituait un refus d'exercer sa compétence. Bien que concluant à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, la cour a dit que la décision de la Commission était seulement susceptible d'annulation et que, comme le commissaire n'avait pas l'esprit fermé aux arguments, l'ordonnance de la Commission était valide.

Les questions en litige en l'espèce sont celles de savoir (1) dans quelle mesure un membre d'une commission administrative peut commenter les affaires dont la commission est saisie, et (2) ce qui devrait se passer si la décision d'une commission est jugée avoir été rendue dans des circonstances où il existait une crainte raisonnable de partialité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Tous les corps administratifs sont soumis à l'obligation d'agir équitablement. L'étendue de cette obligation tient toutefois à la nature et à la fonction du tribunal en question. L'obligation d'agir équitablement comprend celle d'assurer aux parties l'équité procédurale, qui ne peut tout simplement pas exister s'il y a partialité de la part du décideur. Vu l'impossibilité de déterminer exactement l'état d'esprit d'une personne qui a rendu une décision d'une commission administrative, l'apparence d'impartialité constitue un élément essentiel de l'équité procédurale. Le critère à appliquer pour assurer l'équité consiste à se demander si un observateur relativement bien renseigné percevrait de la partialité chez un décideur.

Il existe une grande diversité de commissions administratives. Celles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de justice: il ne doit y avoir aucune crainte raisonnable de partialité relativement à leur décision. À l'autre extrémité se trouvent les commissions dont les membres sont élus par le public, pour lesquelles la norme est nettement moins sévère. Dans leur cas, il y a crainte raisonnable de partialité si un membre de la

that any representations to the contrary would be futile. Administrative boards that deal with matters of policy will be closely comparable to the boards composed of elected members. For those boards, a strict application of a reasonable apprehension of bias as a test might undermine the very role which has been entrusted to them by the legislature.

A member of a board which performs a policy-information function should not be susceptible to a charge of bias simply because of the expression of strong opinions prior to the hearing. As long as those statements do not indicate a mind so closed that any submissions would be futile, they should not be subject to attack on the basis of bias. Statements manifesting a mind so closed as to make submissions futile would, however, even at the investigatory stage, constitute a basis for raising an issue of apprehended bias. Once the matter reaches the hearing stage a greater degree of discretion is required of a member.

The statements at issue here, when taken together, indicated not only a reasonable apprehension of bias but also a closed mind on the commissioner's part on the subject. Once the order directing the holding of the hearing was given, the Utility was entitled to procedural fairness. At the investigative stage, the "closed mind" test was applicable but once matters proceeded to a hearing, a higher standard had to be applied. Procedural fairness at that stage required the commission members to conduct themselves so that there could be no reasonable apprehension of bias.

A denial of a right to a fair hearing cannot be cured by the tribunal's subsequent decision. A decision of a tribunal which denied the parties a fair hearing cannot be simply voidable and rendered valid as a result of the subsequent decision of the tribunal. The damage created by apprehension of bias cannot be remedied. The hearing, and any subsequent order resulting from it, must be void. The order of the Board of Commissioners of Public Utilities was accordingly void.

Cases Cited

Considered: *Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213; *Cardinal v. Director of Kent*

commission préjuge l'affaire au point de rendre vain tout argument contraire. Les commissions administratives qui s'occupent de questions de principe sont dans une large mesure assimilables à celles composées de membres élus en ce sens que l'application stricte du critère de la crainte raisonnable de partialité risquerait de miner le rôle que leur a précisément confié le législateur.

Le membre d'une commission qui remplit une fonction d'élaboration des politiques ne devrait pas être exposé à une accusation de partialité du seul fait d'avoir exprimé avant l'audience des opinions bien arrêtées. Pourvu que ces déclarations ne témoignent pas d'un esprit à ce point fermé qu'il serait inutile de présenter des arguments contraires, on ne devrait pas pouvoir les attaquer en invoquant la partialité. Des déclarations traduisant un esprit fermé au point de rendre vain tout argument contraire justifieraient toutefois, même au stade de l'enquête, qu'on invoque la crainte de partialité. Au stade de l'audience, un membre d'une commission est tenu à une plus grande discrétion.

Prises ensemble, les déclarations en cause en l'espèce indiquent non seulement qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité mais aussi que le commissaire avait l'esprit fermé. Une fois rendue l'ordonnance exigeant la tenue de l'audience, l'entreprise de services publics avait droit à l'équité procédurale. Si, au stade de l'enquête, c'était le critère de l'«esprit fermé» qui s'appliquait, à l'audience la norme devait être plus sévère. Aussi l'équité procédurale commandait-elle à ce stade-là que les commissaires se comportent de façon à ne susciter aucune crainte raisonnable de partialité.

Une décision subséquente du tribunal ne peut remédier à la négation du droit à une audience équitable. La décision d'un tribunal qui a refusé aux parties une audience équitable ne peut être simplement annulable et être validée ensuite par la décision subséquente du tribunal. Le préjudice résultant d'une crainte de partialité est irrémédiable. L'audience, ainsi que toute ordonnance à laquelle elle aboutit, doit être frappée de nullité. L'ordonnance de la Board of Commissioners of Public Utilities est en conséquence nulle.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Szilard c. Szasz*, [1955] R.C.S. 3; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213; *Cardinal c.*

Institution, [1985] 2 S.C.R. 643; referred to: *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602.

Statutes and Regulations Cited

Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322, ss. 5(1) [am. by S.N. 1979, c. 30, s. 1], (8), 6, 14, 15, 79, 83, 85, 86.

Authors Cited

Janisch, Hudson N. Case Comment: *Nfld. Light & Power Co. v. P.U.C. (Bd.)* (1987), 25 Admin. L.R. 196.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1990), 83 Nfld. & P.E.I.R. 257, 260 A.P.R. 257, 45 Admin. L.R. 291, dismissing an appeal from an order and from a ruling of the Board of Commissioners of Public Utilities. Appeal allowed.

James R. Chalker, Q.C., and *Evan J. Kipnis*, for the appellant.

Chesley F. Crosbie, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—Two issues are raised on this appeal. The first requires a consideration of the extent to which an administrative board member may be permitted to comment upon matters before the board. The second, raises the question as to what the result should be if a decision of a board is made in circumstances where there is found to be a reasonable apprehension of bias.

The Factual Background

Pursuant to the provisions of *The Public Utilities Act*, R.S.N. 1970, c. 322, the Board of Commissioners of Public Utilities (“the Board”) is responsible for the regulation of the Newfoundland Telephone Company Limited. Commissioners of the Board are appointed by the Lieutenant-

Directeur de l'établissement Kent, [1985] 2 R.C.S. 643; arrêts mentionnés: *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602.

Lois et règlements cités

Public Utilities Act, R.S.N. 1970, ch. 322, art. 5(1) [mod. par S.N. 1979, ch. 30, art. 1], (8), 6, 14, 15, 79, 83, 85, 86.

Doctrine citée

Janisch, Hudson N. Case Comment: *Nfld. Light & Power Co. v. P.U.C. (Bd.)* (1987), 25 Admin. L.R. 196.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1990), 83 Nfld. & P.E.I.R. 257, 260 A.P.R. 257, 45 Admin. L.R. 291, qui a rejeté un appel d'une ordonnance et d'une décision de la Board of Commissioners of Public Utilities. Pourvoi accueilli.

James R. Chalker, c.r. et *Evan J. Kipnis*, pour l'appelante.

Chesley F. Crosbie, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CORY—Deux questions se posent dans le présent pourvoi. La première nécessite que la Cour examine dans quelle mesure un membre d'une commission administrative peut commenter les affaires dont la commission est saisie. Quant à la seconde, elle concerne ce qui devrait se passer si la décision d'une commission est jugée avoir été rendue dans des circonstances où il existait une crainte raisonnable de partialité.

Les faits

The Public Utilities Act, R.S.N. 1970, ch. 322, confie à la Board of Commissioners of Public Utilities («la Commission») la réglementation de la Newfoundland Telephone Company Limited. Les commissaires sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. La loi porte simplement que les

Governor in Council. The statute simply provides that commissioners cannot be employed by, or have any interest, in a public utility (s. 6). In 1985, Andy Wells was appointed as a Commissioner to the Board. Earlier, while a municipal councillor, Wells had acted as an advocate for consumers' rights. When he was appointed, Wells publicly stated that he intended to play an adversarial role on the Board as a champion of consumers' rights. *The Public Utilities Act* neither provides for the appointment of commissioners as representatives of any specific group nor does it prohibit such appointments. The appointment of Wells has not been challenged.

Acting in accordance with *The Public Utilities Act*, the Board commissioned an independent accounting firm to provide an analysis of the costs and of the accounts of Newfoundland Telephone for the period between 1981 and 1987. The Board received the report from the accountants on November 3, 1988. In light of the report the Board, on November 10, decided to hold a public hearing. The hearing was to be before five commissioners including Wells and was to commence on December 19.

On November 13, 1988, *The Sunday Express*, a weekly newspaper published in St. John's, reported that Wells had described the pay and benefits package of appellant's executives as "ludicrous" and "unconscionable". Wells was quoted as saying:

"If they want to give Brait [the Chief Executive Officer of the appellant] and the boys extra fancy pensions, then the shareholders should pay it, not the rate payers," . . .

. . . .

"So I want the company hauled in here—all them fat cats with their big pensions—to justify (these expenses) under the public glare. . . I think the rate payers have a right to be assured that we are not permitting this company to be too extravagant."

On November 26, *The Evening Telegram*, a daily newspaper, published in St. John's, quoted Wells:

commissaires ne peuvent être employés par une entreprise de services publics ni avoir un intérêt dans une telle entreprise (art. 6). Andy Wells a été nommé commissaire en 1985. Antérieurement, alors qu'il occupait un poste de conseiller municipal, il s'était fait le défenseur des droits des consommateurs. À sa nomination, Wells a manifesté publiquement son intention de continuer à jouer ce rôle en sa qualité de commissaire. Or, *The Public Utilities Act* n'autorise ni n'interdit la nomination de commissaires représentant un groupe en particulier. La nomination de Wells n'a pas été contestée.

En conformité avec *The Public Utilities Act*, la Commission a chargé un cabinet d'experts-comptables indépendant d'analyser les frais et les comptes de la Newfoundland Telephone pour la période de 1981 à 1987. Les comptables ont déposé leur rapport auprès de la Commission le 3 novembre 1988. Compte tenu de la teneur du rapport, la Commission a décidé, le 10 novembre, de tenir une audience publique, qui devait débiter le 19 décembre et se dérouler devant cinq commissaires, dont Wells.

Le 13 novembre 1988, on lisait dans *The Sunday Express*, un hebdomadaire de St. John's, que Wells avait qualifié de [TRADUCTION] «absurdes» et [TRADUCTION] «exorbitants» le traitement et les avantages sociaux des cadres de l'appelante. Wells aurait dit:

[TRADUCTION] «S'ils tiennent à donner à Brait [chef de la direction de l'appelante] et à ces gars-là des pensions à tout casser, ce sont les actionnaires qui devraient le payer et non les abonnés» . . .

. . . .

«Alors, je veux que la société soit traduite devant nous—tous ces richards aux grosses pensions—pour qu'ils justifient (ces dépenses) aux yeux du public [. . .] Je crois que les abonnés ont le droit qu'on les assure de notre intention de ne pas permettre à cette société de se montrer trop prodigue.»

Le 26 novembre, *The Evening Telegram*, un quotidien publié à St. John's, a cité Wells:

“Who the hell do they think they are?” Mr. Wells asked. “The guys doing the real work, climbing the poles never got any 21 per cent increase.”

“Why should we, the rate payers, pay for an extra pension plan,” he continued, adding that if the executive employees want more money put in their pensions they should take it out of shareholders’ profits.

Mr. Wells said he senses an attitude of contempt by the telephone company towards the Public Utilities Board. The company seems to expect to always get its own way, he said, adding that the auditors had problems getting information from the company to do the audit requested by PUB. “But, I’m not having anything to do with the salary increases and big fat pensions,” said Mr. Wells.

The telephone company wants the report kept confidential, “but, who do they think they are,” said Mr. Wells. “This document should be public.”

When the hearing commenced on December 19, the appellant objected to Wells’ participation on the panel on the grounds that his statements had created an apprehension of bias. The Board found that there was no provision in the Act which would allow it to rule on its own members and it decided that it did not have jurisdiction to do so. The Board rejected the appellant’s submission and ruled that the panel would continue as constituted.

On December 20, *The Evening Telegram* reported the previous day’s events at the hearing. The article read in part:

Following Monday’s proceedings, Mr. Wells said he was not surprised by the request to remove him from the PUB panel for the Newfoundland Telephone hearing.

[TRADUCTION] «Pour qui diable se prennent-ils? a demandé M. Wells. Ceux qui travaillent vraiment, qui grimpent sur les poteaux, n’ont jamais eu d’augmentation de 21 pour 100.»

«Pourquoi nous les abonnés devrions-nous supporter les frais de prestations de retraite supplémentaires?» a-t-il poursuivi, ajoutant que si les cadres veulent que des sommes plus importantes soient versées dans leur caisse de retraite, ils devraient les prendre dans les bénéfices des actionnaires.

M. Wells a prétendu discerner chez la compagnie de téléphone une attitude de mépris envers la Public Utilities Board. La société semble s’attendre à ce qu’elle puisse toujours imposer sa volonté, de dire M. Wells. Il affirme en outre que les vérificateurs éprouvaient de la difficulté à obtenir d’elle les renseignements qu’il leur faut pour effectuer la vérification demandée par la Commission. «Mais, je ne veux rien savoir d’augmentations salariales ni de grosses pensions», a dit M. Wells.

La compagnie de téléphone souhaite que le rapport demeure confidentiel, «mais pour qui se prennent-ils?» a demandé M. Wells. «Ce document devrait être rendu public.»

Au début de l’audience le 19 décembre, l’appelante, invoquant une crainte de partialité résultant des déclarations de Wells, s’est opposée à ce que celui-ci soit du nombre des commissaires siégeant dans l’affaire. La Commission a conclu qu’aucune disposition de la Loi ne lui permettait de statuer sur les cas de ses membres et qu’elle n’avait donc pas compétence pour le faire. En conséquence, elle a rejeté l’argument de l’appelante et a décidé que la formation des commissaires resterait telle quelle.

Le 20 décembre est paru dans *The Evening Telegram* un article portant sur ce qui s’était passé à l’audience la journée précédente. On y lisait notamment:

[TRADUCTION] À la suite des procédures de lundi, M. Wells a dit ne pas être surpris de la demande de l’écartier de la formation des commissaires se penchant sur le cas de la Newfoundland Telephone.

"I don't think those expenses can be justified," said Mr. Wells. "I'm concerned about bias the other way."

«Je ne crois pas que ces dépenses puissent se justifier, d'affirmer M. Wells. Ce que je crains moi c'est la partialité en faveur de l'autre point de vue.»

On January 24, 1989, the "NTV Evening News" (a television news program originating in St. John's) reported on the continuation of the hearing. That report contained the following statements made by a reporter, Jim Thoms, and by Mr. Wells. They were as follows:

Le 24 janvier 1989, la suite de l'audience a fait l'objet d'un reportage à l'émission «NTV Evening News» (une émission de nouvelles télévisées de St. John's). Ce reportage contenait les déclarations suivantes faites par le reporter Jim Thoms et par M. Wells:

[TRADUCTION]

Jim Thoms: Before the hearing began last night board member Andy Wells went public with what he thought of the phone company. He nailed in particular increases in salary and pension benefits for top executives including president Anthony Brait and let it be known even before the board heard any evidence what his judgment would be.

Jim Thoms: Hier soir, avant le début de l'audience, le commissaire Andy Wells a exprimé publiquement son opinion de la compagnie de téléphone. Il s'en est pris notamment aux augmentations de salaire et de prestations de retraite pour les cadres supérieurs, dont le président Anthony Brait, et a fait savoir, avant même que la Commission n'entende de témoignage, quel serait son jugement.

Andy Wells: I was absolutely astounded to find out for 1988 that, that Brait is now about up to two hundred and thirty-five thousand dollars and I think that's an incredible sum of money to be paid for to manage a small telephone company.

Andy Wells: J'ai appris avec la plus grande stupéfaction que pour l'année 1988 le traitement de Brait a atteint les deux cent trente-cinq mille dollars et je crois que c'est une somme faramineuse à payer pour l'administration d'une petite compagnie de téléphone.

Jim Thoms: Now Mr. Wells is trying to find out what happened for this year. He was going after '89 salary figures at a meeting today.

Jim Thoms: Monsieur Wells essaie maintenant de découvrir ce qu'il en est pour l'année en cours. Il devait tenter en effet d'obtenir lors d'une réunion aujourd'hui les montants des salaires pour l'année 1989.

Andy Wells: And I just think that it is unfair to expect ratepayers, the consumers, you and I to pay for this kind of extravagance.

Andy Wells: Et je crois qu'il est tout simplement injuste de s'attendre à ce que nous les abonnés, les consommateurs, payions ce genre prodigalité.

Jim Thoms: Okay now. . . Mr. Wells has left no doubt how his vote will come down in this matter. He wants the board to disallow the salary and pension increases as unreasonable for rate making purpose and to tell the stockholders to pick up the tab.

Jim Thoms: Or . . . M. Wells n'a laissé planer aucun doute quant à la manière dont il entend voter dans cette affaire. Il veut que la commission rejette les augmentations de salaire et de pension comme étant déraisonnables aux fins de la tarification et qu'elle dise aux actionnaires d'en supporter les frais.

Andy Wells: And I think that's, that's a reasonable way of proceeding, it's too easy, it's too easy

Andy Wells: Et je crois que c'est là une façon raisonnable de procéder. Il est trop facile pour la

for, for the Company to pass off all these expenses as, onto the ratepayers. . . .

On January 30, 1989 *The Evening Telegram* reported further comments of Mr. Wells pertaining to the salaries of the executives. The article read in part:

Mr. Wells complained in December that the salaries paid to the company executives, in particular to president Anthony Brait, were so high they were driving up the cost of telephone service to consumers.

. . . .

Mr. Wells said Sunday that additional company documents subpoenaed by the board indicate Mr. Brait's salary for 1988 was close to \$235,000, a figure Mr. Wells described as "ludicrous".

. . . .

"I can't see what circumstances would justify that kind of money," Mr. Wells said.

"I don't think the ratepayers of this province should be expected to pay that kind of salary. The company can bloody well take it out of the shareholders' profits."

. . . .

Mr. Wells said he doesn't know when the case will be before the court, but said if he is biased, it is on the side of the consumers who pay too much for their phone bills.

On April 4, Mr. Wells discussed the issue that was before the Board on the CBC morning radio program. His comments in part are as follows:

What's wrong is that it's not necessary to provide telephone services to the people of this Province for chief executive officer of a company operating in a protected enclave in the economy like that where revenues are down too where there's no real business pressure. To be paid at that level, I think the company is asking the board, I suppose, or asking the rate payers to approve a level of compensation which is excessive and I just don't know, there's absolutely no justification for it at all. The company, obviously, is out of touch with reality and insensitive to the cold hard facts of life that many

compagnie de reporter tous ces frais sur les abonnés . . .

Le 30 janvier 1989, *The Evening Telegram* a publié d'autres observations de M. Wells relatives aux salaires des cadres. L'article dit notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] Monsieur Wells s'est plaint en décembre que les salaires versés aux cadres de la compagnie et en particulier à son président, Anthony Brait, étaient tellement élevés qu'ils faisaient monter le coût du service téléphonique pour les abonnés.

. . . .

M. Wells a dit dimanche qu'il ressortait d'autres documents de la compagnie que la commission a obtenus par voie de subpoena que le salaire de M. Brait pour l'année 1988 s'élevait à près de 235 000 \$, chiffre que M. Wells qualifie d'«absurde».

. . . .

«Je ne puis concevoir de circonstances justifiant un salaire aussi élevé», a dit M. Wells.

«Je ne crois pas qu'on doive s'attendre des abonnés de cette province qu'ils paient un tel salaire. Que la compagnie aille puiser dans les bénéfices des actionnaires.»

. . . .

Monsieur Wells a dit ignorer quand l'affaire parviendra devant les tribunaux. Il affirme cependant que s'il est prévenu c'est en faveur des consommateurs, qui paient trop cher leur service de téléphone.

Le 4 avril, M. Wells a parlé, à l'émission radiophonique du matin de la CBC, de la question soumise à la Commission. Il a tenu alors notamment les propos suivants:

[TRADUCTION] Le problème c'est qu'il n'est pas nécessaire, en fournissant des services téléphoniques à la population de cette province, de le faire au profit du chef de la direction d'une compagnie qui exploite son entreprise à l'abri des aléas du marché, alors que les revenus sont également à la baisse et qu'il n'y a pas de concurrence véritable. Je crois que la compagnie demande à la commission, ou aux abonnés en fait, d'approuver un niveau salarial excessivement élevé. Je ne sais pas ce qui se passe. Il n'y a absolument pas de justification. De toute évidence, la compagnie a perdu le

Newfoundlanders face in earning living from day to day.

During the same program Commissioner Wells also commented:

There's no question about that, the question is whether or not this is excessive and very clearly, in my mind, it's certainly is and when you're as I say, you're not talking about a free enterprise situation where you have the competitive pressures in the market place, you're talking about a monopoly that's got a guaranteed situation and if something goes wrong then they can come crying to the board and get rate relief. . . .

Well that's the point, that's the point, I mean I don't particularly care what the company decides to pay its top executives, I care about how much of that compensation is to be paid for by rate payers, by you, as consumers of telephone services and very clearly that issue has to be addressed and I hope when we have an order out on this issue later on the month, they, they will in fact, be addressed. No justification whatsoever to expect the consumers of telephone services in this Province to be paying the full cost of salary levels for these people, no justification whatsoever.

Very clearly, very clearly there is a significant level of executive over compensation and very clearly the board has to deal with that. To what degree the board does in fact deal with it, by that I mean, to what level we're, we're prepared to allow for rate making purposes, of course, awaits determination and the result of the hearing.

Well I, no you're right, it's not the amount of money, I mean the amount of money relative to the overall revenues of the company is in fact incidental, it's peanuts but what's important here is the issue of equity, the issue of fairness. . . . what's important is that pay levels be set with in tune with what's paid generally in the community and that they be fair and be perceived to be fair, very clearly in the minds of I suppose, 99 percent of Newfoundlanders, paying Mr. Brait over \$200,000.00 a year along with what's being paid to the rest of the

sens des réalités; elle est insensible à la dure réalité à laquelle bon nombre de Terre-Neuviens font face en gagnant leur vie de tous les jours.

^a Au cours de la même émission, le commissaire Wells a dit en outre:

^b [TRADUCTION] Aucun doute là-dessus; la question est de savoir s'il s'agit d'une somme exorbitante et, à mon sens, c'est très manifestement le cas. Et comme je l'ai dit, dans une situation où il n'y a pas de marché libre et où l'on est à l'abri de la concurrence, il existe en fait un monopole qui n'est nullement assujéti aux aléas du marché, et si la compagnie se trouve en difficulté, elle n'a qu'à venir quémander de la commission une augmentation des tarifs . . .

^c C'est justement là où je veux en venir. Je veux dire, je ne me préoccupe pas particulièrement de ce que la compagnie décide de payer ses cadres supérieurs. Ce qui m'intéresse c'est de savoir dans quelle mesure cette rémunération sera payée par les abonnés, par vous les consommateurs de services téléphoniques, et il est bien évident qu'il faut examiner cette question et, quand une ordonnance aura été rendue dans l'affaire plus tard dans le courant du mois, j'espère qu'elle le sera. Rien, absolument rien ne justifie que l'on s'attende des abonnés aux services téléphoniques de la province qu'ils assument le plein coût des salaires de ces gens.

^d Bien évidemment, bien évidemment, les traitements des cadres sont excessifs et c'est là un problème sur lequel la commission doit certainement se pencher. Quant à savoir dans quelle mesure elle le fera en fait, c'est-à-dire jusqu'à quel point nous serons prêts à autoriser une augmentation tarifaire, voilà une question qui reste à trancher dans le cadre de l'audience et il faudra attendre l'issue de celle-ci.

^e Bien, je . . . enfin, vous avez raison, ce n'est pas la somme en soi qui est en cause, je veux dire que la somme n'est en réalité qu'une considération secondaire, c'est de la petite bière par rapport aux recettes globales de la compagnie. Ce qui importe cependant c'est la question de l'équité et de la justice [. . .] l'important c'est que les niveaux des salaires soient établis en fonction de ceux qui sont généralement payés au sein de la collectivité, qu'ils soient justes et qu'ils soient perçus comme tels. Or, je suppose qu'il est très clair dans l'es-

executives is not fair in the minds of ordinary Newfoundlanders and I think they're perfectly right and indeed, I think it's incumbent on this board to address that inequity even though as you say, it's not going to result in lower telephone bills. But as somebody once said if you watch the pennies the dollars look after themselves you know.

It is to be noted that all these comments were made before the Board released its decision on the matter. The decision was contained in Order No. P.U. 20 (1989) dated August 3, 1989. In that order, the Board (i) disallowed the "cost of the enhanced pension plan" for certain senior executive officers of the appellant as an expense for rate-making purposes, and (ii) directed the appellant to refund to its customers in the former operating territory of the Newfoundland Telephone Company Limited the sums of \$472,300 and \$490,300 which were the amounts charged as expenses to the appellant's operating account for 1987 and 1988 to cover the costs of the enhanced pension plan; (iii) made no order respecting the individual salaries of the senior executive officers of the appellant.

Mr. Wells and two others constituted the majority of the Board which disallowed the costs of the enhanced pension plan for executive officers of the appellant. A minority of the Board would have allowed this item as a reasonable and prudent expense. Although the Board made no order respecting the salaries of senior executive officers, Mr. Wells added a concurring opinion and comment in which he stated:

Because the Board failed to properly address those issues and on the basis of the evidence presented, I have to agree with the rest of the Board.

In conclusion I am in complete agreement with the Majority on the issue of the special executive retirement plan and given the evidence as presented at the hearing,

prit de 99 pour 100 des Terre-Neuviens qu'un salaire de plus de 200 000\$ par année pour M. Brait, sans compter ce que touchent les autres cadres, n'est pas juste. C'est ce que pensent les Terre-Neuviens ordinaires et je leur donne entièrement raison. Je crois en fait qu'il incombe à notre Commission de se pencher sur cette injustice, même si, comme vous le dites, cela ne se soldera pas par des comptes de téléphone moins élevés. Mais, comme dirait l'autre, si on fait attention aux sous, on n'aura pas à s'inquiéter des dollars, vous savez.

Il est à noter que tous ces commentaires ont été faits avant que la Commission ne rende publique sa décision sur la question, laquelle est exposée dans l'ordonnance n° P.U. 20 (1989) en date du 3 août 1989. Dans cette ordonnance, la Commission (i) a rejeté comme dépenses à retenir aux fins de la fixation des tarifs les [TRADUCTION] «frais relatifs au régime de retraite amélioré» pour certains cadres supérieurs de l'appelante, (ii) a enjoint à l'appelante la Newfoundland Telephone Company Limited de rembourser à ses clients sur le territoire anciennement desservi par elle les sommes de 472 300 \$ et de 490 300 \$ représentant les sommes imputées au compte de fonctionnement de l'appelante pour 1987 et 1988 à titre de dépenses correspondant au coût du régime de retraite amélioré, et (iii) n'a rien dit concernant les salaires des cadres supérieurs de l'appelante.

Les commissaires majoritaires, soit M. Wells et deux autres personnes, ont refusé les frais liés au régime de retraite amélioré pour les cadres de l'appelante. Les minoritaires pour leur part étaient d'avis de les admettre à titre de dépenses raisonnables et prudentes. Bien que la Commission n'ait pas rendu d'ordonnance concernant les salaires des cadres supérieurs, M. Wells a ajouté une opinion concordante dans laquelle il a fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Puisque la Commission ne s'est pas vraiment penchée sur ces questions et compte tenu de la preuve produite, force m'est de souscrire à l'avis de mes collègues commissaires.

Enfin, je partage entièrement l'avis de la majorité sur la question du régime spécial de retraite pour les cadres et, vu la preuve présentée à l'audience, je ne puis que

I have to concur with the rest of the Board on the issue of executive salaries. However, the latter issue requires a more thorough examination by the Board in the future. It is not an issue that has been finally resolved.

Proceedings in the Court of Appeal (1990), 83 Nfld. & P.E.I.R. 257

The appellant appealed both the order itself and the ruling of the Board to proceed with Wells as a member of the hearing panel.

The Court of Appeal found that the Board had been in error in concluding that it had no jurisdiction to change the composition of the panel. It noted that the Board had complete jurisdiction to determine its own procedures as well as all questions of law and fact. It held that the Board had declined to exercise its jurisdiction when it refused to consider the removal of Wells from the hearing panel.

Morgan J.A. for the Court of Appeal then considered whether the comments of Wells had raised a reasonable apprehension of bias with regard to the Board's decision. He observed that natural justice requires that an administrative board proceed without actual bias or in a way that does not raise a reasonable apprehension of bias. He noted that the standard of natural justice varies with the nature and functions of the tribunal in question. While he found that the enabling statute required the Board in this case to act as investigator, prosecutor and judge, he rejected the contention that the hearing formed part of the investigatory process. He held that the members of the Board must act fairly and with their minds open to persuasion. The fact that they have given prior opinions should not disqualify them. However, he concluded that Wells' comments did indeed raise a reasonable apprehension of bias which might well have disqualified him

me ranger à l'opinion de mes collègues sur la question des salaires des cadres. Celle-ci nécessite toutefois que la Commission en fasse un examen plus approfondi à une date ultérieure. Elle n'a pas été définitivement tranchée.

Les procédures en Cour d'appel (1990), 83 Nfld. & P.E.I.R. 257

L'appelante a interjeté appel de l'ordonnance même et de la décision de la Commission de permettre que l'audience se déroule devant une formation comptant Wells comme membre.

La Cour d'appel a jugé que c'est à tort que la Commission s'est déclarée incompétente pour modifier la composition de la formation de commissaires. Elle a fait remarquer que la Commission a une compétence absolue pour décider de ses propres procédures ainsi que pour statuer sur toutes questions de droit et de fait. La Commission, a conclu la Cour d'appel, a refusé d'exercer sa compétence en s'abstenant d'examiner s'il y avait lieu d'écarter Wells de la formation chargée de l'audience.

Le juge Morgan de la Cour d'appel s'est demandé ensuite si les commentaires de Wells avaient fait naître une crainte raisonnable de partialité à l'égard de la décision de la Commission. Il a affirmé que la justice naturelle exige qu'une commission administrative agisse sans partialité réelle ou d'une manière qui ne suscite pas une crainte raisonnable de partialité. Il a souligné qu'en ce qui concerne la justice naturelle la norme varie selon la nature et les fonctions du tribunal en question. Tout en concluant que la loi habilitante obligeait la Commission en l'espèce à faire office d'enquêteur, de poursuivant et de juge, il a rejeté l'argument voulant que l'audience fasse partie du processus d'enquête. D'après le juge Morgan, les membres de la Commission sont tenus d'agir équitablement et de faire preuve d'ouverture d'esprit à l'égard des arguments pouvant leur être présentés. Le fait qu'ils ont déjà exprimé des opinions ne devrait pas les rendre inhabiles à siéger à l'audience. Il a conclu toutefois que les commentaires de Wells soulevaient effectivement une crainte raisonnable de partialité qui aurait pu entraîner sa

from the hearing if the appellant had sought a writ of mandamus to have the matter resolved.

He then considered the consequences of his conclusion that a reasonable apprehension of bias had been established. In his view a hearing of an administrative board is void *ab initio* if the adjudicator has an actual conflict of interest. On the other hand, if only a reasonable apprehension of bias exists, the proceedings are simply voidable. He then examined the conclusions of the Board and observed that Wells did not find against the company on the matter of executive wage increases. He took this as proof that Wells' mind had not been closed to argument. As a result he determined that the order of the Board was valid.

Analysis

The Composition and Function of Administrative Boards

Administrative boards play an increasingly important role in our society. They regulate many aspects of our life, from beginning to end. Hospital and medical boards regulate the methods and practice of the doctors that bring us into this world. Boards regulate the licensing and the operation of morticians who are concerned with our mortal remains. Marketing boards regulate the farm products we eat; transport boards regulate the means and flow of our travel; energy boards control the price and distribution of the forms of energy we use; planning boards and city councils regulate the location and types of buildings in which we live

récusation si l'appelante avait demandé un bref de *mandamus* à cet effet.

Le juge Morgan a examiné ensuite les conséquences de sa conclusion qu'une crainte raisonnable de partialité avait été établie. À son avis, une audience d'une commission administrative est entachée de nullité *ab initio* si la personne chargée de juger l'affaire se trouve réellement en situation de conflit d'intérêts. Par ailleurs, s'il n'existe qu'une crainte raisonnable de partialité, l'instance est seulement susceptible d'annulation. Passant alors à l'examen des conclusions de la Commission, le juge Morgan a constaté que Wells ne s'est pas prononcé d'une manière défavorable à la compagnie sur la question de l'augmentation du salaire des cadres, ce qui prouvait, selon lui, que Wells n'avait pas l'esprit fermé aux arguments. Le juge Morgan a conclu en conséquence à la validité de l'ordonnance de la Commission.

Analyse

La composition et la fonction des commissions administratives

Les commissions administratives jouent dans notre société un rôle dont l'importance ne cesse de croître. De la naissance à la mort, bien des aspects de notre vie sont soumis à la réglementation de ces commissions. Dans les domaines hospitaliers et médicaux, des commissions réglementent les méthodes et la pratique des médecins qui nous mettent au monde. Ce sont également des commissions qui délivrent des permis aux entrepreneurs de pompes funèbres qui s'occupent de notre dépouille mortelle et qui réglementent leurs activités. Les produits agricoles servant à notre alimentation sont assujettis à la réglementation de commissions de commercialisation. Des commissions de transport assurent la réglementation de nos moyens de transport et de notre utilisation de ceux-ci. Les offices de l'énergie contrôlent le prix et la distribution des diverses formes d'énergie. Conseils d'urbanisme et conseils municipaux réglementent l'emplacement et la nature des bâtiments dans lesquels nous vivons et travaillons. Au Canada, ces commissions

and work. In Canada, boards are a way of life. Boards and the functions they fulfil are legion.

Some boards will have a function that is investigative, prosecutorial and adjudicative. It is only boards with these three powers that can be expected to regulate adequately complex or monopolistic industries that supply essential services.

The composition of boards can, and often should, reflect all aspects of society. Members may include the experts who give advice on the technical nature of the operations to be considered by the board, as well as representatives of government and of the community. There is no reason why advocates for the consumer or ultimate user of the regulated product should not, in appropriate circumstances, be members of boards. No doubt many boards will operate more effectively with representation from all segments of society who are interested in the operations of the Board.

Nor should there be undue concern that a board which draws its membership from a wide spectrum will act unfairly. It might be expected that a board member who holds directorships in leading corporations will espouse their viewpoint. Yet I am certain that although the corporate perspective will be put forward, such a member will strive to act fairly. Similarly, a consumer advocate who has spoken out on numerous occasions about practices which he, or she, considers unfair to the consumer will be expected to put forward the consumer point of view. Yet that same person will also strive for fairness and a just result. Boards need not be limited solely to experts or to bureaucrats.

font partie intégrante de la vie quotidienne. Les commissions, de même que les fonctions qu'elles remplissent, sont légion.

Certaines commissions cumulent les fonctions d'enquêteur, de poursuivant et de juge. Seules les commissions réunissant ces trois pouvoirs sont en mesure d'assurer une réglementation adéquate d'industries complexes ou monopolistes fournissant des services essentiels.

La composition des commissions peut et, dans bien des cas, devrait refléter tous les éléments de la société. Parmi les membres peuvent figurer des experts qui donneront des conseils relatifs aux aspects techniques des opérations à étudier par la commission, ainsi que des représentants du gouvernement et de la collectivité. Rien n'empêche que des défenseurs des intérêts des consommateurs ou des utilisateurs du produit réglementé soient membres de commissions lorsque les circonstances le permettent. Nul doute que beaucoup de commissions fonctionneront plus efficacement si tous les éléments de la société qui s'intéressent à leurs activités y sont représentés.

On ne devrait pas s'inquiéter indûment d'ailleurs qu'une commission dont les membres représentent un grand éventail d'intérêts n'agisse injustement. On pourrait s'attendre qu'un membre d'une commission qui exerce en même temps des fonctions d'administrateur au sein de certaines sociétés importantes épouse le point de vue de ces dernières. Pourtant, je suis certain que, tout en avançant les opinions de ces sociétés, le membre s'efforcera d'agir équitablement. De même, on s'attendra d'un défenseur des consommateurs, qui a pu s'en prendre à maintes reprises à des pratiques qu'il tient pour injustes envers les consommateurs, qu'il présente leur point de vue. En ce faisant toutefois, cette même personne s'évertuera à se montrer juste et à atteindre un résultat équitable. Il n'est pas nécessaire que les commissions soient composées uniquement d'experts ou de bureaucrates.

The Duty of Boards

All administrative bodies, no matter what their function, owe a duty of fairness to the regulated parties whose interest they must determine. This was recognized in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. Chief Justice Laskin at p. 325 held:

... the classification of statutory functions as judicial, quasi-judicial or administrative is often very difficult, to say the least; and to endow some with procedural protection while denying others any at all would work injustice when the results of statutory decisions raise the same serious consequences for those adversely affected, regardless of the classification of the function in question.

Although the duty of fairness applies to all administrative bodies, the extent of that duty will depend upon the nature and the function of the particular tribunal. See *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602. The duty to act fairly includes the duty to provide procedural fairness to the parties. That simply cannot exist if an adjudicator is biased. It is, of course, impossible to determine the precise state of mind of an adjudicator who has made an administrative board decision. As a result, the courts have taken the position that an unbiased appearance is, in itself, an essential component of procedural fairness. To ensure fairness the conduct of members of administrative tribunals has been measured against a standard of reasonable apprehension of bias. The test is whether a reasonably informed bystander could reasonably perceive bias on the part of an adjudicator.

In *Szilard v. Szasz*, [1955] S.C.R. 3, Rand J. found a commercial arbitration was invalid because of bias. He held that the arbitrator did not possess "judicial impartiality" because he had a business relationship with one of the parties to the arbitration. This raised an apprehension of bias that

Le devoir des commissions

Tout corps administratif, quelle que soit sa fonction, est tenu d'agir équitablement envers les personnes assujetties à la réglementation, sur les intérêts desquelles il est appelé à statuer. C'est ce qui a été reconnu dans *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311. Le juge en chef Laskin y affirme, à la p. 325:

... il est souvent très difficile, sinon impossible, de répartir les fonctions créées par la loi dans les catégories judiciaire, quasi-judiciaire ou administrative; de plus il serait injuste de protéger certains au moyen de la procédure tout en la refusant complètement à d'autres lorsque l'application des décisions prises en vertu de la loi entraîne les mêmes conséquences graves pour les personnes visées, quelle que soit la catégorie de la fonction en question.

Bien que tous les corps administratifs soient soumis à l'obligation d'agir équitablement, l'étendue de cette obligation tient à la nature et à la fonction du tribunal en question. Voir *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602. L'obligation d'agir équitablement comprend celle d'assurer aux parties l'équité procédurale, qui ne peut tout simplement pas exister s'il y a partialité de la part d'un décideur. Il est évidemment impossible de déterminer exactement l'état d'esprit d'une personne qui a rendu une décision d'une commission administrative. C'est pourquoi les cours de justice ont adopté le point de vue que l'apparence d'impartialité constitue en soi un élément essentiel de l'équité procédurale. Pour assurer l'équité, la conduite des membres des tribunaux administratifs est appréciée par rapport au critère de la crainte raisonnable de partialité. Ce critère consiste à se demander si un observateur relativement bien renseigné pourrait raisonnablement percevoir de la partialité chez un décideur.

Dans l'arrêt *Szilard c. Szasz*, [1955] R.C.S. 3, le juge Rand a déclaré un arbitrage commercial invalide pour cause de partialité. D'après lui, l'arbitre ne possédait pas [TRADUCTION] «l'impartialité judiciaire» parce qu'il avait des relations commerciales avec l'une des parties à l'arbitrage. Cela suscitait

was sufficient to invalidate the proceedings. At p. 7 he wrote:

Each party, acting reasonably, is entitled to a sustained confidence in the independence of mind of those who are to sit in judgment on him and his affairs.

This principle was relied upon in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369. In that case a member of the Board had participated in a Study Group which had examined the feasibility of the Mackenzie pipeline. The appellants objected to his assignment to a panel which was considering competing applications for a certificate to undertake the pipeline. The standard the Board was required to apply in considering the applications was one of public convenience and necessity. Chief Justice Laskin held that the member's prior activity raised a reasonable apprehension of bias. He observed that the National Energy Board was charged with the duty to consider the public interest. Public confidence in the impartiality of Board decisions was required to further the public interest.

Bias was considered in a different setting in *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170. That case concerned a planning decision which was made by elected municipal councillors. The governing legislation for municipalities was designed so that councillors would become involved in planning issues before taking part in their final determination. The decision of the Court recognized that city councillors are political actors who have been elected by the voters to represent particular points of view. Considering the spectrum of administrative bodies whose functions vary from being almost purely adjudicative to being political or policy-making in nature, the Court held that municipal councils fall in the legislative end. Sopinka J., at p. 1197, set forth the "open mind" test for this type of situation:

donc une crainte raisonnable de partialité suffisante pour entraîner l'invalidation de l'instance. À la page 7, le juge Rand écrit:

[TRADUCTION] C'est le droit de chaque partie, agissant raisonnablement, de pouvoir compter constamment sur l'indépendance d'esprit de ceux qui porteront jugement sur elle et sur ses affaires.

Ce principe a été invoqué dans l'affaire *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, où un membre de l'Office avait participé à une étude de faisabilité sur le pipe-line de la vallée du Mackenzie. Les appelants s'opposaient à ce que cette personne soit nommée membre d'un groupe chargé d'examiner différentes demandes de certificat pour la construction du pipe-line. Dans cet examen, l'Office était obligé d'appliquer la norme de la commodité et de la nécessité publiques. Or, le juge en chef Laskin a conclu que les activités antérieures du membre faisaient naître une crainte raisonnable de partialité. Il incombait, disait-il, à l'Office national de l'énergie de tenir compte de l'intérêt public. La confiance du public dans l'impartialité des décisions de l'Office s'imposait dans l'intérêt public.

La question de la partialité a été étudiée dans un contexte différent dans *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170. Cette affaire traitait d'une décision d'urbanisme prise par des conseillers municipaux élus. La législation régissant les municipalités était conçue de manière que les conseillers participaient activement aux questions d'urbanisme avant de prendre part aux décisions définitives les concernant. L'arrêt de la Cour reconnaissait l'aspect politique du rôle des conseillers municipaux, qui sont élus pour représenter des points de vue particuliers. Prenant en considération toute la gamme des corps administratifs, dont les fonctions varient entre celles de caractère presque purement juridictionnel et celles ayant un caractère politique ou consistant dans l'élaboration des décisions, la Cour a statué que les conseils municipaux sont de ceux qui remplissent des fonctions législatives. Le juge Sopinka a énoncé pour cette catégorie le critère de l'«esprit ouvert», à la p. 1197:

The party alleging disqualifying bias must establish that there is a prejudgment of the matter, in fact, to the extent that any representations at variance with the view, which has been adopted, would be futile. Statements by individual members of Council while they may very well give rise to an appearance of bias will not satisfy the test unless the court concludes that they are the expression of a final opinion on the matter, which cannot be dislodged.

This same principle was applied in the companion case, *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213. That case concerned a municipal councillor who campaigned for election favouring a residential development. He made public statements that he would not change his mind with regard to his position despite public hearings on the issue. Sopinka J. found that the councillor should not be disqualified for bias because he did not have a completely closed mind. He determined that to have ruled otherwise would have distorted the democratic process by discouraging politicians from expressing their views openly.

It can be seen that there is a great diversity of administrative boards. Those that are primarily adjudicative in their functions will be expected to comply with the standard applicable to courts. That is to say that the conduct of the members of the board should be such that there could be no reasonable apprehension of bias with regard to their decision. At the other end of the scale are boards with popularly elected members such as those dealing with planning and development whose members are municipal councillors. With those boards, the standard will be much more lenient. In order to disqualify the members a challenging party must establish that there has been a prejudgment of the matter to such an extent that any representations to the contrary would be futile. Administrative boards that deal with matters of policy will be closely comparable to the boards composed of municipal councillors. For those boards, a strict application of a reasonable apprehension of bias as a test might undermine

La partie qui allègue la partialité entraînant l'inhabilité doit établir que l'affaire a en fait été préjugée, de sorte qu'il ne servirait à rien de présenter des arguments contredisant le point de vue adopté. Les déclarations de conseillers individuels, bien qu'elles puissent fort bien créer une apparence de partialité, ne satisfont au critère que si la cour conclut qu'elles sont l'expression d'une opinion finale et irrévocable sur la question.

Ce même principe a été appliqué dans l'arrêt connexe *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213, portant sur le cas d'un conseiller municipal qui, dans sa campagne électorale, s'est prononcé en faveur d'un certain aménagement résidentiel. Il a déclaré publiquement qu'il n'abandonnerait pas cette position quoi qu'il arrive aux audiences publiques sur la question. Le juge Sopinka a conclu qu'il n'y avait pas lieu de déclarer le conseiller inhabile pour cause de partialité parce qu'il n'avait pas l'esprit complètement fermé. À son avis, toute autre conclusion aurait provoqué la distorsion du processus démocratique en dissuadant les politiciens d'exprimer ouvertement leur avis.

De toute évidence, il existe une grande diversité de commissions administratives. Celles qui remplissent des fonctions essentiellement juridictionnelles devront respecter la norme applicable aux cours de justice. C'est-à-dire que la conduite des membres de la commission ne doit susciter aucune crainte raisonnable de partialité relativement à leur décision. À l'autre extrémité se trouvent les commissions dont les membres sont élus par le public. C'est le cas notamment de celles qui s'occupent de questions d'urbanisme et d'aménagement, dont les membres sont des conseillers municipaux. Pour ces commissions, la norme est nettement moins sévère. La partie qui conteste l'habilité des membres ne peut en obtenir la récusation que si elle établit que l'affaire a été préjugée au point de rendre vain tout argument contraire. Les commissions administratives qui s'occupent de questions de principe sont dans une large mesure assimilables à celles composées de conseillers municipaux en ce sens que l'application stricte du critère de la crainte raisonnable de partialité risquerait de

the very role which has been entrusted to them by the legislature.

miner le rôle que leur a précisément confié le législateur.

Janisch published a very apt and useful Case Comment on *Nfld. Light & Power Co. v. P.U.C. (Bd.)* (1987), 25 Admin. L.R. 196. He observed that Public Utilities Commissioners, unlike judges, do not have to apply abstract legal principles to resolve disputes. As a result, no useful purpose would be served by holding them to a standard of judicial neutrality. In fact to do so might undermine the legislature's goal of regulating utilities since it would encourage the appointment of those who had never been actively involved in the field. This would, Janisch wrote at p. 198, result in the appointment of "the main line party faithful and bland civil servants". Certainly there appears to be great merit in appointing to boards representatives of interested sectors of society including those who are dedicated to forwarding the interest of consumers.

Le commentaire publié par Janisch sur l'affaire *Nfld. Light & Power Co. v. P.U.C. (Bd.)* (1987), 25 Admin. L.R. 196, se révèle à la fois très pertinent et fort utile. Il y fait remarquer que les membres des commissions de services publics, à la différence des juges, n'ont pas à appliquer des principes juridiques abstraits dans le règlement de litiges. Par conséquent, il ne servirait à rien de les astreindre à l'observation de la norme de la neutralité judiciaire. De fait, on courrait en ce faisant le risque de contrecarrer l'objet, visé par le législateur, de réglementer les entreprises de services publics, puisque cela encouragerait la nomination de personnes n'ayant jamais exercé d'activités dans le domaine en question. Voilà qui, d'après Janisch, à la p. 198, conduirait à la nomination [TRADUCTION] «de partisans des partis principaux et d'insipides fonctionnaires». Certes, l'idée de nommer aux commissions des représentants de secteurs intéressés de la société, y compris ceux voués à l'avancement des droits des consommateurs, semble hautement méritoire.

Further, a member of a board which performs a policy formation function should not be susceptible to a charge of bias simply because of the expression of strong opinions prior to the hearing. This does not of course mean that there are no limits to the conduct of board members. It is simply a confirmation of the principle that the courts must take a flexible approach to the problem so that the standard which is applied varies with the role and function of the Board which is being considered. In the end, however, commissioners must base their decision on the evidence which is before them. Although they may draw upon their relevant expertise and their background of knowledge and understanding, this must be applied to the evidence which has been adduced before the board.

En outre, le membre d'une commission qui remplit une fonction d'élaboration des politiques ne devrait pas être exposé à une accusation de partialité du seul fait d'avoir exprimé avant l'audience des opinions bien arrêtées. Cela ne veut pas dire, évidemment, que la conduite des membres d'une commission n'est assujettie à aucune restriction. Il s'agit plutôt de la simple confirmation du principe suivant lequel les tribunaux doivent faire preuve de souplesse face à ce problème, de manière que la norme appliquée varie selon le rôle et la fonction de la commission en cause. En dernière analyse, cependant, les commissaires doivent fonder leur décision sur la preuve qui leur a été présentée. Bien qu'ils puissent faire appel à leur expérience, à leurs connaissances et à leur compréhension du domaine, cela doit se faire dans le cadre de la preuve produite devant la commission.

Application to the Case at Bar

It is first necessary to review the legislation which constitutes the Board and sets out its role and function. The key sections to *The Public Utilities Act* are as follows:

5. (1) The Lieutenant-Governor in Council may appoint three or more persons who shall constitute a Board of Commissioners of Public Utilities, and shall designate a chairman and two vice-chairmen of and appoint a clerk for the Board.

(8) The commissioners and the clerk shall be paid such salaries as the Lieutenant-Governor in Council determines.

14. The Board shall have the general supervision of all public utilities, and may make all necessary examinations and enquiries and keep itself informed as to the compliance by public utilities with the provisions of law and shall have the right to obtain from any public utility all information necessary to enable the Board to fulfil its duties.

15. The Board may enquire into any violation of the laws or regulations in force in this province by any public utility doing business therein, or by the officers, agents or employees thereof, or by any person operating the plant of any public utility, and has the power and it is its duty to enforce the provisions of this Act as well as all other laws relating to public utilities.

79. Whenever the Board believes that any rate or charge is unreasonable or unjustly discriminatory, or that any reasonable service is not supplied, or that an investigation of any matter relating to any public utility should for any reason be made, it may, of its own motion, summarily investigate the same with or without notice.

83. The Board shall give the public utility and the complainant, if any, ten days' notice of the time and place when and where the hearing and investigation referred to in Section 82 [i.e. when a complaint is made] will be held and such matters considered and determined and both the public utility and the complainant

L'application des principes en l'espèce

Il faut d'abord examiner la loi créant la Commission et énonçant son rôle et ses fonctions. Les dispositions clefs de *The Public Utilities Act* sont les suivantes:

[TRADUCTION] 5. (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer au moins trois personnes constituant une Commission de services publics et désigne un président et deux vice-présidents ainsi qu'un greffier de la Commission.

(8) Les commissaires et le greffier reçoivent le traitement fixé par le lieutenant-gouverneur en conseil.

14. La Commission assure la surveillance générale de toutes les entreprises de services publics et peut procéder à tous les examens et à toutes les enquêtes nécessaires et vérifier si les entreprises de services publics respectent les dispositions de la loi. Elle est en outre habilitée à se procurer auprès d'une entreprise de services publics les renseignements nécessaires pour lui permettre de remplir ces fonctions.

15. La Commission peut faire enquête sur toute violation des lois ou des règlements en vigueur dans la province, commise par une entreprise de services publics qui y exerce ses activités, par les cadres, les mandataires ou les employés de cette dernière ou par toute personne exploitant les installations d'une entreprise de services publics. La Commission a le pouvoir voulu pour s'acquitter de son devoir d'assurer l'application des dispositions de la présente loi et de toute autre loi visant les entreprises de services publics.

79. Si elle juge déraisonnables ou injustement discriminatoires un tarif ou des frais, ou si elle estime qu'un service raisonnable n'est pas fourni ou qu'il y a lieu de tenir, pour quelque raison que ce soit, une enquête sur une question touchant une entreprise de services publics, la Commission peut, de sa propre initiative, procéder à une enquête sommaire sans qu'il soit besoin d'en donner avis aux intéressés.

83. La Commission donne à l'entreprise de services publics et, le cas échéant, au plaignant, un avis de dix jours de la date et du lieu de l'audience et de l'enquête visées à l'article 82 [c.-à-d. dans le cas d'une plainte], dans le cadre desquelles seront examinées et tranchées ces questions. L'entreprise de services publics et le plai-

are entitled to be heard and to have process to enforce the attendance of witnesses.

85. If after making any summary investigation, the Board becomes satisfied that sufficient grounds exist to warrant a formal hearing being ordered as to the matters so investigated, it shall furnish such public utility interested a statement notifying the public utility of the matters under investigation and ten days after such notice has been given the Board may proceed to set a time and place for a hearing and an investigation as provided in this Act. b

86. Notice of the time and place for the hearing referred to in Section 85 shall be given to the public utility and to such other interested persons as the Board shall deem necessary as provided in this Act and thereafter proceedings shall be held and conducted in reference to the matter investigated in like manner as though complaints had been filed with the Board relative to the matter investigated [see s. 83], and the same order or orders may be made in reference thereto as if such investigation had been made on complaint. d

It can be seen that the Board has been given the general supervision of provincial public utilities. In that role it must supervise the operation of Newfoundland Telephone which has a monopoly on the provision of telephone services in the Province of Newfoundland. The Board, when it believes any charges or expenses of a utility are unreasonable, may of its own volition summarily investigate the charges or expenses. As a result of the investigation it may order a public hearing regarding the expenses. In turn, at the hearing the utility must be accorded the fundamental rights of procedural fairness. That is to say, the utility must be given notice of the complaint, the right to enforce the attendance of witnesses and to make submissions in support of its position. e f g h

When determining whether any rate or charge is "unreasonable" or "unjustly discriminatory" the Board will assess the charges and rates in economic terms. In those circumstances the Board will not be dealing with legal questions but rather policy issues. The decision-making process of this Board will come closer to the legislative end of the i j

gnant ont tous deux le droit de se faire entendre et d'assigner des témoins.

85. Si, au terme d'une enquête sommaire, elle est convaincue de l'existence de motifs suffisants pour justifier la tenue d'une audience en règle relativement aux questions faisant l'objet de l'enquête, la Commission donne avis de ces questions à l'entreprise de services publics intéressée et, dans les dix jours qui suivent la signification de l'avis, elle peut fixer la date et le lieu de l'audience et de l'enquête prévues par la présente loi.

86. L'avis de la date et du lieu de l'audience visé à l'article 85 est donné à l'entreprise de services publics et, si la Commission le juge opportun, à d'autres intéressés, conformément à la présente loi. La Commission procède par la suite comme si des plaintes lui avaient été adressées relativement aux questions faisant l'objet de l'enquête [voir l'art. 83] et elle peut alors rendre les ordonnances qui auraient pu être rendues si l'enquête avait été ouverte consécutivement à une plainte.

On voit donc que la Commission est chargée de la surveillance générale des entreprises provinciales de services publics. Elle est appelée dans l'exercice de cette fonction à contrôler les activités de la Newfoundland Telephone, qui détient le monopole des services téléphoniques à Terre-Neuve. Quand elle juge déraisonnables les frais ou les dépenses d'une entreprise de services publics, la Commission peut, de sa propre initiative, procéder à une enquête sommaire, à l'issue de laquelle il lui est loisible d'ordonner la tenue d'une audience publique concernant les frais en question. À cette audience, elle est tenue de respecter les droits fondamentaux de l'entreprise de services publics en matière d'équité procédurale. En d'autres termes, l'entreprise de services publics est en droit de recevoir avis de la plainte, d'assigner des témoins et de présenter des arguments au soutien de son point de vue.

En déterminant si un tarif ou des frais sont «déraisonnables» ou «injustement discriminatoires», la Commission les apprécie en fonction de critères économiques. Dans ces circonstances, la Commission se penche non pas sur des questions juridiques, mais bien sur des questions de principe. De par la nature de son processus décisionnel, la

spectrum of administrative boards than to the adjudicative end.

It can be seen that the Board, pursuant to s. 79, has a duty to act as an investigator with regard to rates or charges and may have a duty to act as prosecutor and adjudicator with regard to these same expenses pursuant to ss. 83, 85 and 86.

What then of the statements made by Mr. Wells? Certainly it would be open to a commissioner during the investigative process to make public statements pertaining to the investigation. Although it might be more appropriate to say nothing, there would be no irreparable damage caused by a commissioner saying that he, or she, was concerned with the size of executive salaries and the executive pension package. Nor would it be inappropriate to emphasize on behalf of all consumers that the investigation would “leave no stone unturned” to ascertain whether the expenses or rates were appropriate and reasonable. During the investigative stage, a wide licence must be given to board members to make public comment. As long as those statements do not indicate a mind so closed that any submissions would be futile, they should not be subject to attack on the basis of bias.

The statements made by Mr. Wells before the hearing began on December 19 did not indicate that he had a closed mind. For example, his statement: “[s]o I want the company hauled in here—all them fat cats with their big pensions—to justify (these expenses) under the public glare. . . I think the rate payers have a right to be assured that we are not permitting this company to be too extravagant” is not objectionable. That comment is no more than a colourful expression of an opinion that the salaries and pension benefits seemed to be unreasonably high. It does not indicate a closed mind. Even Wells’ statement that he did not think that the expenses could be justified, did not indicate a closed mind. However, should a commissioner state that, no matter what evidence might be disclosed as a result of the investigation, his or her

Commission en cause se rapproche davantage des commissions administratives à vocation législative que de celles qui remplissent des fonctions juridictionnelles.

Visiblement, l’art. 79 oblige la Commission à faire office d’enquêteur en ce qui concerne les tarifs ou les frais. De plus, aux termes des art. 83, 85 et 86, elle peut avoir à agir en tant que poursuivant et à exercer des fonctions juridictionnelles relativement à ces mêmes frais.

Qu’en est-il donc des déclarations de M. Wells? Certes, un commissaire peut se permettre, au cours d’une enquête, de faire des déclarations publiques concernant celle-ci. Bien qu’il vaille peut-être mieux se taire, aucun préjudice irréparable ne découlerait du fait pour un commissaire de s’inquiéter de l’importance des salaires des cadres et de leurs pensions. Il ne serait pas déplacé non plus de souligner au nom de tous les consommateurs que dans le cadre de l’enquête on [TRADUCTION] «mettra tout en œuvre» pour déterminer si les dépenses ou les tarifs sont convenables et raisonnables. Les membres de la Commission doivent avoir au stade de l’enquête une grande latitude pour faire des commentaires publics. Pourvu que ces déclarations ne témoignent pas d’un esprit à ce point fermé qu’il serait inutile de présenter des arguments contraires, on ne devrait pas pouvoir les attaquer en invoquant la partialité.

Les déclarations faites par M. Wells avant le début de l’enquête, le 19 décembre, ne semblent pas le fait d’un esprit fermé. Par exemple, il n’y a rien à redire à sa déclaration: [TRADUCTION] «Alors, je veux que la société soit traduite devant nous—tous ces richards aux grosses pensions—pour qu’ils justifient (ces dépenses) aux yeux du public [. . .] Je crois que les abonnés ont le droit qu’on les assure de notre intention de ne pas permettre à cette société de se montrer trop prodigue.» Elle n’est que l’expression colorée que les salaires et les prestations de retraite paraissaient déraisonnablement élevés. Elle ne révèle pas un esprit fermé. Pas même la déclaration de Wells qu’il tenait ces dépenses pour injustifiables n’est indicative d’un esprit fermé. Si toutefois un commissaire déclarait qu’aucun élément de preuve recueilli au

position would not change, this would indicate a closed mind. Even at the investigatory stage statements manifesting a mind so closed as to make submissions futile would constitute a basis for raising an issue of apprehended bias. However the quoted statement of Mr. Wells was made on November 13, three days after the hearing was ordered. Once the hearing date had been set, the parties were entitled to expect that the conduct of the commissioners would be such that it would not raise a reasonable apprehension of bias. The comment of Mr. Wells did just that.

Once the matter reaches the hearing stage a greater degree of discretion is required of a member. Although the standard for a commissioner sitting in a hearing of the Board of Commissioners of Public Utilities need not be as strict and rigid as that expected of a judge presiding at a trial, nonetheless procedural fairness must be maintained. The statements of Commissioner Wells made during and subsequent to the hearing, viewed cumulatively, lead inexorably to the conclusion that a reasonable person appraised of the situation would have an apprehension of bias.

On January 24, while the hearing was already in progress, Wells was making statements that might readily be understood by a reasonable observer, as they were by the telecast reporter Jim Thoms, that Wells had made up his mind what his judgment would be even before the Board had heard all the evidence. Evidence sufficient to create a reasonable apprehension of bias can be found in some of the statements made by Wells during the course of a January 24th telecast, and in the subsequent comments to the press and to the radio. For example, during a radio broadcast he said:

To be paid at that level, I think the company is asking the board, I suppose, or asking the rate payers to approve a level of compensation which is excessive and I just don't know, there's absolutely no justification for it at all.

. . .

There's no question about that, the question is whether or not this is excessive and very clearly, in my mind, it's

cours de l'enquête ne lui ferait changer d'avis, ce serait là une indication d'un esprit fermé. Même au stade de l'enquête, des déclarations traduisant un esprit fermé au point de rendre vain tout argument contraire justifieraient qu'on invoque la crainte de partialité. Cependant, la déclaration citée de M. Wells a été faite le 13 novembre, soit trois jours après que la tenue de l'audience eut été ordonnée. Une fois fixée la date de l'audience, les parties étaient en droit de s'attendre que la conduite des commissaires soit de nature à ne susciter aucune crainte raisonnable de partialité. Tel a été l'effet du commentaire de M. Wells.

Au stade de l'audience, un membre d'une commission est tenu à une plus grande discrétion. Quoique la norme applicable à un commissaire siégeant lors d'une audience de la Commission ne doit pas nécessairement être aussi stricte et rigide que celle à laquelle est astreinte un juge qui préside un procès, il faut néanmoins assurer l'équité procédurale. Or, l'effet cumulatif des déclarations faites par le commissaire Wells pendant et après l'audience mène inexorablement à la conclusion qu'une personne raisonnable qui était au courant de la situation aurait eu une crainte de partialité.

Le 24 janvier, alors que l'audience était en cours, Wells faisait des déclarations qui pourraient facilement porter un observateur raisonnable à croire, comme l'a fait le reporter de télévision Jim Thoms, que Wells avait pris sa décision avant même que la Commission n'entende la totalité de la preuve. Certaines des déclarations qu'a faites Wells au cours d'un téléreportage le 24 janvier et, par la suite, dans la presse et à la radio fournissent une preuve suffisante pour susciter une crainte raisonnable de partialité. Il a dit, par exemple, pendant une émission radiophonique:

[TRADUCTION] Je crois que la compagnie demande à la commission, ou aux abonnés en fait, d'approuver un niveau salarial excessivement élevé. Je ne sais pas ce qui se passe. Il n'y a absolument pas de justification.

. . .

Aucun doute là-dessus; la question est de savoir s'il s'agit d'une somme exorbitante et, à mon sens, c'est très

certainly is and when you're as I say, you're not talking about a free enterprise situation where you have the competitive pressures in the market place, you're talking about a monopoly that's got a guaranteed situation. . . .

. . .

No justification whatsoever to expect the consumers of telephone services in this Province to be paying the full cost of salary levels for these people, no justification whatsoever.

. . .

Very clearly, very clearly there is a significant level of executive over compensation and very clearly the board has to deal with that.

. . .

. . . I suppose, 99 percent of Newfoundlanders, paying Mr. Brait over \$200,000.00 a year along with what's being paid to the rest of the executives is not fair in the minds of ordinary Newfoundlanders and I think they're perfectly right and indeed, I think it's incumbent on this board to address that inequity even though as you say, it's not going to result in lower telephone bills.

These statements, taken together, give a clear indication that not only was there a reasonable apprehension of bias but that Mr. Wells had demonstrated that he had a closed mind on the subject.

Once the order directing the holding of the hearing was given the Utility was entitled to procedural fairness. At that stage something more could and should be expected of the conduct of board members. At the investigative stage, the "closed mind" test was applicable. Once matters proceeded to a hearing, a higher standard had to be applied. Procedural fairness then required the board members to conduct themselves so that there could be no reasonable apprehension of bias. The application of that test must be flexible. It need not be as strict for this Board dealing with policy matters as it would be for a board acting solely in an adjudicative capacity. This standard of conduct will not of course inhibit the most vigorous questioning of

manifestement le cas. Et comme je l'ai dit, dans une situation où il n'y a pas de marché libre et où l'on est à l'abri de la concurrence, il existe en fait un monopole qui n'est nullement assujéti aux aléas du marché . . .

a

. . .

Rien, absolument rien ne justifie que l'on s'attende des abonnés aux services téléphoniques de la province qu'ils assument le plein coût des salaires de ces gens.

. . .

Bien évidemment, bien évidemment, les traitements des cadres sont excessifs et c'est là un problème sur lequel la commission doit certainement se pencher.

. . .

. . . je suppose qu'il est très clair dans l'esprit de 99 pour 100 des Terre-Neuviens qu'un salaire de plus de 200 000 \$ par année pour M. Brait, sans compter ce que touchent les autres cadres, n'est pas juste. C'est ce que pensent les Terre-Neuviens ordinaires et je leur donne entièrement raison. Je crois en fait qu'il incombe à notre Commission de se pencher sur cette injustice, même si, comme vous le dites, cela ne se soldera pas par des comptes de téléphone moins élevés.

Prises ensemble, ces déclarations indiquent clairement que non seulement il y avait une crainte raisonnable de partialité, mais que M. Wells a fait preuve d'un esprit fermé.

g

Une fois rendue l'ordonnance exigeant la tenue de l'audience, l'entreprise de services publics avait droit à l'équité procédurale. À ce stade-là, on pouvait et on devait s'attendre à davantage en ce qui concerne la conduite des commissaires. Si, au stade de l'enquête, c'était le critère de l'«esprit fermé» qui s'appliquait, à l'audience la norme devait être plus sévère. Aussi l'équité procédurale commandait-elle alors que les commissaires se comportent de façon à ne susciter aucune crainte raisonnable de partialité. Il faut appliquer ce critère avec souplesse. Il n'a pas à être aussi sévère dans le cas de la Commission en cause, qui traite de questions de principe, qu'il le serait dans le cas d'une commission remplissant des fonctions pure-

witnesses and counsel by board members. Wells' statements, however, were such, that so long as he remained a member of the Board hearing the matter, a reasonable apprehension of bias existed. It follows that the hearing proceeded unfairly and was invalid.

The Consequences of a Finding of Bias

Everyone appearing before administrative boards is entitled to be treated fairly. It is an independent and unqualified right. As I have stated, it is impossible to have a fair hearing or to have procedural fairness if a reasonable apprehension of bias has been established. If there has been a denial of a right to a fair hearing it cannot be cured by the tribunal's subsequent decision. A decision of a tribunal which denied the parties a fair hearing cannot be simply voidable and rendered valid as a result of the subsequent decision of the tribunal. Procedural fairness is an essential aspect of any hearing before a tribunal. The damage created by apprehension of bias cannot be remedied. The hearing, and any subsequent order resulting from it, is void. In *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at p. 661, Le Dain J. speaking for the Court put his position in this way:

... I find it necessary to affirm that the denial of a right to a fair hearing must always render a decision invalid, whether or not it may appear to a reviewing court that the hearing would likely have resulted in a different decision. The right to a fair hearing must be regarded as an independent, unqualified right which finds its essential justification in the sense of procedural justice which any person affected by an administrative decision is entitled to have. It is not for a court to deny that right and sense of justice on the basis of speculation as to what the result might have been had there been a hearing.

In my view, this principle is also applicable to this case. In the circumstances, there is no alternative but to declare that the Order of the Board of Commissioners of Public Utilities is void.

ment juridictionnelles. Cette norme de conduite n'empêchera évidemment pas les commissaires de soumettre à l'interrogatoire le plus rigoureux possible témoins et avocats. Compte tenu toutefois de la nature des déclarations de Wells, une crainte raisonnable de partialité subsistait tant qu'il continuait à siéger en tant que commissaire dans l'affaire. Il s'ensuit donc que l'audience s'est déroulée de façon inéquitable et était en conséquence nulle.

Les conséquences d'une conclusion à la partialité

Quiconque comparaît devant une commission administrative a droit à un traitement équitable. Ce droit est à la fois distinct et absolu. Comme je l'ai déjà mentionné, du moment que la crainte raisonnable de partialité est établie, une audience équitable ou l'équité procédurale sont impossibles. S'il y a eu négation du droit à une audience équitable, la décision subséquente du tribunal ne peut y remédier. La décision d'un tribunal qui a refusé aux parties une audience équitable ne peut être simplement annulable et être validée ensuite par la décision subséquente du tribunal. L'équité procédurale est un élément essentiel de toute audience tenue devant un tribunal. Le préjudice résultant d'une crainte de partialité est irrémédiable. L'audience, ainsi que toute ordonnance à laquelle elle aboutit, est nulle. Dans *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, à la p. 661, le juge Le Dain, au nom de la Cour, s'est exprimé ainsi:

... j'estime nécessaire d'affirmer que la négation du droit à une audition équitable doit toujours rendre une décision invalide, que la cour qui exerce le contrôle considère ou non que l'audition aurait vraisemblablement amené une décision différente. Il faut considérer le droit à une audition équitable comme un droit distinct et absolu qui trouve sa justification essentielle dans le sens de la justice en matière de procédure à laquelle toute personne touchée par une décision administrative a droit. Il n'appartient pas aux tribunaux de refuser ce droit et ce sens de la justice en fonction d'hypothèses sur ce qu'aurait pu être le résultat de l'audition.

À mon avis, ce principe s'applique également en l'espèce. Dans les circonstances, nous ne pouvons que déclarer nulle l'ordonnance de la Board of Commissioners of Public Utilities.

Disposition

In the result the appeal will be allowed, the order of the Court of Appeal will be set aside, and Order No. P.U. 20 (1989) of the Board of Commissioners of Public Utilities is declared void *ab initio*. The appellant should have the costs of the appeal in this Court and in the Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Chalker, Green & Rowe, St. John's.

Solicitors for the respondent: Kendell & Crosbie, St. John's.

Dispositif

Le pourvoi est en conséquence accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et l'ordonnance n° P.U. 20 (1989) de la Board of Commissioners of Public Utilities est déclarée nulle *ab initio*. L'intimée est condamnée aux dépens en notre Cour et en Cour d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Chalker, Green & Rowe, St. John's.

Procureurs de l'intimée: Kendell & Crosbie, St. John's.

**Metropolitan Life Insurance
Company Appellant**

v.

Raymond Frenette Respondent

and

Hôpital Jean-Talon Mis en cause

INDEXED AS: FRENETTE v. METROPOLITAN LIFE
INSURANCE CO.

File No.: 21765.

1991: November 6; 1992: March 12.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Civil procedure — Production of documents — Medi-
cal records — Form signed by insured at time of life
insurance application authorizing insurer to have access
to his medical records “for purposes of risk assessment
and loss analysis” — Insurer investigating cause of
insured’s death — Hospital refusing insurer access to
insured’s medical records — Application of f
art. 402 C.C.P. — Charter of Human Rights and Free-
doms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health
Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.*

*Insurance — Life insurance — Interpretation of con-
tract — Insurer’s right of access to insured’s medical
records — Form signed by insured at time of life insur-
ance application authorizing insurer to have access to
his medical records “for purposes of risk assessment
and loss analysis” — Insurer investigating cause of
insured’s death — Whether insured waived right to con-
fidentiality of medical records — If so, whether hospital
should give insurer unrestricted access to insured’s
medical records — Charter of Human Rights and Free-
doms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health
Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.*

*Hospitals — Medical records — Confidentiality —
Form signed by insured at time of life insurance appli-*

**La Métropolitaine, compagnie d’assurance-
vie Appelante**

c.

Raymond Frenette Intimé

et

Hôpital Jean-Talon Mis en cause

RÉPERTORIÉ: FRENETTE c. MÉTROPOLITAINE (LA), CIE
D’ASSURANCE-VIE

N° du greffe: 21765.

1991: 6 novembre; 1992: 12 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Procédure civile — Production de documents — Dos-
siers médicaux — Signature par l’assuré, au moment de
la proposition d’assurance-vie, d’une formule permet-
tant à l’assureur d’avoir accès à ses dossiers médicaux
«aux fins d’appréciation des risques et d’étude des
sinistres» — Enquête de l’assureur sur la cause du
décès de l’assuré — Refus de l’hôpital de donner à l’as-
sureur accès aux dossiers médicaux de l’assuré —
Application de l’art. 402 C.p.c. — Charte des droits et
libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi
sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q.,
ch. S-5, art. 7, 8.*

*Assurance — Assurance-vie — Interprétation du con-
trat — Droit d’accès de l’assureur aux dossiers médi-
caux de l’assuré — Signature par l’assuré, au moment
de la proposition d’assurance-vie, d’une formule per-
mettant à l’assureur d’avoir accès à ses dossiers médi-
caux «aux fins d’appréciation des risques et d’étude des
sinistres» — Enquête de l’assureur sur la cause du
décès de l’assuré — L’assuré a-t-il renoncé à son droit
à la confidentialité de ses dossiers médicaux? — Dans
l’affirmative, l’hôpital devrait-il donner à l’assureur un
accès illimité aux dossiers médicaux de l’assuré? —
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q.,
ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les
services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.*

*Hôpitaux — Dossiers médicaux — Confidentialité —
Signature par l’assuré, au moment de la proposition*

cation authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Whether hospital should give insurer access to insured's medical records — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.

The appellant insurer issued a policy on the life of the respondent's son in 1983. Under the policy, on the death of the insured a basic indemnity of \$10,000 was to be paid to the respondent—the beneficiary of the policy. A rider also provided a supplementary indemnity for accidental death; death resulting from suicide and death from a fatal reaction to unprescribed drugs were expressly excluded risks. At the time he applied for the policy, the insured signed a standard form authorizing the insurer to have access to his medical records "for the purposes of risk assessment and loss analysis". In July 1986, the insured's body was found in a river. The autopsy revealed that the probable cause of death was asphyxiation as a result of drowning but, given the advanced state of decomposition of the insured's body, no chemical tests were performed on the insured's tissues to detect traces of alcohol or toxins. The insurer paid the basic indemnity but refused to pay the supplementary indemnity for accidental death, claiming that the drowning was not accidental but a suicide. These beliefs were based on information gathered from the medical records the insurer had been able to obtain during its investigation. These records indicated that, two days before his disappearance, the insured had been rushed to the emergency ward of the *mis en cause* hospital possibly for a drug overdose. The respondent took action for the recovery of the supplementary indemnity and refused to authorize the insurer to review the insured's medical records. Despite the insured's 1983 authorization, the hospital also refused to release the medical records. As a result, the insurer brought a motion under arts. 20, 400 and 402 C.C.P. seeking an order compelling the hospital to allow it to examine the entire medical records of the insured. The Court of Quebec dismissed the motion, holding that neither the waiver of the right to non-disclosure of medical information contained in the policy nor the provisions of the *Code of Civil Procedure* gave the insurer a right of access to the medical records of its insured for the purpose of its investigation into the circumstances sur-

d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres» — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — L'hôpital devrait-il donner à l'assureur accès aux dossiers médicaux de l'assuré? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.

L'assureur appelant a émis une police d'assurance-vie au fils de l'intimé en 1983. Selon cette police, en cas de décès de l'assuré, une indemnité de base de 10 000 \$ devait être payée à l'intimé—le bénéficiaire de la police. Un avenant prévoyait aussi le paiement d'une indemnité additionnelle en cas de décès accidentel; le décès résultant d'un suicide ou d'une réaction mortelle à une drogue non prescrite constituaient des risques expressément exclus. Au moment où il a soumis sa proposition d'assurance, l'assuré a signé une formule standard permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres». En juillet 1986, le corps de l'assuré a été retrouvé dans une rivière. L'autopsie a révélé que l'asphyxie par noyade était la cause probable du décès, mais en raison de l'état de décomposition avancée du corps de l'assuré, on n'a pu effectuer aucun test chimique sur ses tissus aux fins de déceler des traces d'alcool ou de toxines. L'assureur a versé l'indemnité de base, mais a refusé de payer l'indemnité additionnelle prévue en cas de décès accidentel, pour le motif que la noyade n'était pas accidentelle, mais constituait un suicide. Ces soupçons étaient fondés sur les renseignements que l'assureur avait recueillis en consultant les dossiers médicaux qu'il avait été en mesure d'obtenir dans le cadre de son enquête. Ces dossiers indiquaient que, deux jours avant sa disparition, l'assuré avait été amené à l'urgence de l'hôpital mis en cause probablement pour une surdose de drogues. L'intimé a intenté une action en recouvrement de l'indemnité additionnelle et a refusé de permettre à l'assureur d'examiner les dossiers médicaux de l'assuré. Malgré l'autorisation signée par l'assuré en 1983, l'hôpital a également refusé de divulguer les dossiers médicaux. L'assureur a alors déposé une requête fondée sur les art. 20, 400 et 402 C.p.c. en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant à l'hôpital de lui permettre d'examiner les dossiers médicaux complets de l'assuré. La Cour du Québec a rejeté la requête pour le motif que ni la renonciation au droit à la non-communication des renseignements médicaux contenue dans la police d'assurance ni les dispositions du *Code de procédure civile* ne donnent à l'assureur un droit d'accès aux dossiers médicaux de son assuré aux fins d'une enquête sur les

rounding his death. The majority of the Court of Appeal affirmed the judgment.

Held: The appeal should be allowed.

The authorization signed by the insured in the policy constituted a waiver of his right to the secrecy and confidentiality of his medical and hospital records both for the present and for the future. The terms “for the purposes of risk assessment and loss analysis” in the medical release are unambiguous and do not require interpretation. In choosing to employ the two different terms, “risk” and “loss”, the parties unequivocally intended the waiver to apply to two distinct time frames in the life of an insurance policy: (1) the initial investigation required for the formation of the insurance contract; and (2) the investigation which becomes necessary to study the claim of a beneficiary to the supplementary indemnity for accidental death. This conclusion is supported by the ordinary meaning of the words as well as by the meaning given to them by the provisions of the *Civil Code* in its section on insurance.

A patient’s right to the confidentiality of his medical records is a relative right which he may waive without restriction as to scope or time. Various legislative provisions, including s. 9 of the *Charter of Human Rights and Freedoms* and ss. 7 and 8 of *An Act Respecting Health Services and Social Services*, permit access to medical records in certain circumstances. One such case is where a beneficiary has given his consent to the release of his hospital records. Where a clear waiver has been given by the holder of the right to confidentiality, the question of the right to privacy in s. 5 of the *Quebec Charter* is no longer in issue since the holder of the right has, of his own accord, put aside his privacy under the terms and conditions set by him. Once an express or implied authorization has been found, health care facilities must release the information according to the terms of the authorization. In the present case, the hospital was not justified in denying the insurer access to the insured’s medical records. The authorization signed by the insured at the time he applied for life insurance clearly gave his insurer an unrestricted right of access to his medical records “for the purposes of risk assessment and loss analysis”. No restriction as to the scope of information contained in the records was mentioned by the insured. Thus, the insurer was entitled to have access to the insured’s complete medical records provided these records were needed for the purpose stated in the authorization.

circonstances de son décès. La Cour d’appel à la majorité a confirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

^a L’assuré, en signant l’autorisation contenue dans la police d’assurance, a renoncé à son droit au secret professionnel et à la confidentialité de ses dossiers médicaux et hospitaliers, tant pour le présent que pour l’avenir. Les termes «aux fins d’appréciation des risques et d’étude des sinistres», qui figurent dans la formule d’autorisation médicale, sont clairs et nets et n’ont pas besoin d’être interprétés. Les parties, en décidant d’employer les deux termes «risques» et «sinistres» ont clairement voulu que la renonciation vise deux moments distincts dans la vie d’une police d’assurance: (1) l’enquête initiale requise pour établir le contrat d’assurance, et (2) l’enquête qui s’avère nécessaire pour examiner la réclamation, par un bénéficiaire, de l’indemnité additionnelle en cas de décès accidentel. Cette conclusion se fonde sur le sens ordinaire de ces termes ainsi que sur le sens que leur donnent les dispositions du *Code civil* en matière d’assurance.

^e Le droit du patient à la confidentialité de ses dossiers médicaux est un droit relatif auquel il peut renoncer sans réserve quant à la portée et au moment de cette renonciation. Diverses dispositions législatives, dont l’art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et les art. 7 et 8 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, permettent l’accès aux dossiers médicaux dans certaines circonstances. Un de ces cas est celui du bénéficiaire qui a consenti à la divulgation de ses dossiers hospitaliers. Si le titulaire du droit à la confidentialité a renoncé clairement à ce droit, la question du droit au respect de la vie privée, garanti à l’art. 5 de la *Charte québécoise*, ne se pose plus car le titulaire du droit a, de son propre chef, renoncé au respect de sa vie privée aux conditions qu’il a lui-même fixées. Lorsqu’on conclut à l’existence d’une autorisation expresse ou implicite, l’établissement de santé doit divulguer les renseignements conformément aux termes de l’autorisation. En l’espèce, l’hôpital n’était pas justifié de refuser à l’assureur l’accès aux dossiers médicaux de l’assuré. L’assuré a signé, au moment de la proposition d’assurance-vie, une autorisation qui donne clairement à l’assureur un droit d’accès illimité à ses dossiers médicaux «aux fins d’appréciation des risques et d’étude des sinistres». L’assuré n’a imposé aucune restriction quant à l’étendue des renseignements figurant dans son dossier. En conséquence, l’assureur avait un droit d’accès aux dossiers complets de l’assuré pourvu qu’ils soient nécessaires aux fins mentionnées dans l’autorisation.

Where a health care establishment refuses to release the records requested despite a valid express or implied authorization, or a legislative provision allowing such access, a party may request an order of the court, based on art. 402 *C.C.P.*, compelling the establishment to release such records. In the face of a clear express or implied authorization from the holder of the right of confidentiality, the courts have no discretion and must order the establishment to respect the terms of the authorization. Given the insured's authorization in this case, the court had no discretion but to grant the insurer's request for access to the insured's complete medical records "for the purposes of risk assessment and loss analysis".

However, even if there had been no waiver of the right to confidentiality, or had the authorization not been applicable to the investigation into the cause of death of the insured, the insurer was still entitled, under art. 402 *C.C.P.*, to have access to the insured's complete medical records. Presented with such a motion under these circumstances, a court must exercise its discretion to grant access to medical records according to the degree of relevance and importance of the information sought relative to the issue between the parties. In exercising that discretion, a court must weigh the diverse interests in conflict — the interests of justice against the right of privacy and confidentiality of an individual. Here, the cause of the insured's death is the central issue of the case. Access to the information sought becomes inextricably linked to the ability to prepare a full defence. Moreover, these records provide the best evidence or pertain most directly to the cause of the insured's death. As for the scope of access, the complete records of the insured held by the hospital are relevant and should be given to the insurer. Access to the insured's complete medical records would not constitute an unjustified intrusion into his private life. These records covered only a brief period of the insured's life. The nature of the claim puts into question a whole series of events which may have led to the questionable cause of death and renders these medical records crucial to the issue being litigated. In these circumstances, access to these records surely does not constitute a fishing expedition.

Si un établissement de santé refuse de divulguer les dossiers demandés malgré l'existence d'une autorisation expresse ou implicite valide ou d'une disposition législative autorisant cet accès, une partie peut demander aux tribunaux de rendre, conformément à l'art. 402 *C.p.c.*, une ordonnance enjoignant à l'établissement de santé de divulguer ces dossiers. S'il existe clairement une autorisation expresse ou implicite de la part du titulaire du droit à la confidentialité, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire et ils doivent ordonner à l'établissement de santé de respecter les termes de l'autorisation. Compte tenu de l'autorisation de l'assuré en l'espèce, le tribunal n'avait d'autre alternative que de faire droit à la demande d'accès de l'assureur aux dossiers médicaux complets de l'assuré «aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres».

Toutefois, même s'il n'y avait pas eu de renonciation au droit à la confidentialité ou même si l'autorisation n'avait pas été applicable à l'enquête sur la cause du décès de l'assuré, l'assureur avait toujours, en vertu de l'art. 402 *C.p.c.*, un droit d'accès aux dossiers médicaux complets de l'assuré. Saisi d'une telle requête dans ces circonstances, un tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de donner accès aux dossiers médicaux, en fonction du degré de pertinence et de l'importance des renseignements sollicités par rapport à la question en litige. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit soupeser les divers intérêts qui s'opposent — les intérêts de la justice au regard du droit d'une personne au respect de sa vie privée et à la confidentialité. En l'espèce, la cause du décès de l'assuré constitue la question centrale du litige. L'accès aux renseignements sollicités devient inextricablement lié à la capacité de préparer une défense pleine et entière. De plus, ces dossiers apportent la meilleure preuve et se rapportent le plus directement à la cause du décès de l'assuré. En ce qui concerne la portée de la communication, les dossiers complets de l'assuré en la possession de l'hôpital sont pertinents et il y a lieu de les remettre à l'assureur. L'accès aux dossiers médicaux complets de l'assuré ne constituerait pas une intrusion injustifiée dans sa vie privée. Ces dossiers ne visent qu'une brève période de la vie de l'assuré. La nature de la réclamation met en question toute une série d'événements qui peuvent avoir entraîné la cause suspecte du décès de l'assuré et fait des dossiers médicaux un élément crucial pour trancher la question en litige. Dans ces circonstances, l'accès à ces dossiers ne constitue sûrement pas une expédition de pêche.

Cases Cited

Referred to: *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55; *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Beischel v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103; *Boivin v. Mutuelle d'Omaha (La), Cie d'assurance*, Sup. Ct. Roberval, No. 155-05-000065-897, February 22, 1990, unreported; *Trempe v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571; *Cordeau v. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201; *Paillé v. Lorcon Inc.*, [1986] R.D.J. 278; *Rousseau (Succession de) v. Groupe Desjardins (Le), Assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785; *Société centrale d'hypothèque et de logement v. Pagé*, [1977] C.A. 560; *Audet v. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield*, [1974] R.P. 236; *Lindsay v. Henri Laflamme Inc.*, J.E. 89-760; *Rothpan v. 123870 Canada Inc.*, J.E. 89-1111; *Coffey v. Tran*, J.E. 91-223; *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Taxi Newman Lafleur v. Cie d'assurances Provinces-Unies*, [1991] R.R.A. 411; *Impériale (L'), Cie d'assurance-vie v. Succession de Roy*, [1990] R.J.Q. 2468; *Robitaille v. Cie d'assurance C.N.A.*, J.E. 79-565; *Laprise v. Bonneau*, [1985] C.A. 9; *Hay v. University of Alberta Hospital* (1990), 69 D.L.R. (4th) 755; *Cook v. Ip* (1985), 52 O.R. 289; *Furlano v. Calarco* (1987), 60 O.R. (2d) 451; *Tamssot v. Belgrano* (1987), 59 O.R. (2d) 57; *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Halliday v. McCulloch* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194.

Statutes and Regulations Cited

Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 1(a), 7, 8.
 British Columbia Supreme Court Rules, r. 26(11).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9, 52, 53.
Civil Code of Lower Canada, arts. 1019, 1056, 1204, 2468, 2499, 2528.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 2, 20, 399, 399.1, 400, 402.
Medical Act, R.S.Q., c. M-9, s. 42.
 Ontario Rules of Civil Procedure, r. 30.10.

Authors Cited

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM Inc., 1989.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55; *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Beischel c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103; *Boivin c. Mutuelle d'Omaha (La), Cie d'assurance*, C.S. Roberval, n° 155-05-000065-897, 22 février 1990, inédit; *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571; *Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201; *Paillé c. Lorcon Inc.*, [1986] R.D.J. 278; *Rousseau (Succession de) c. Groupe Desjardins (Le), Assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785; *Société centrale d'hypothèque et de logement c. Pagé*, [1977] C.A. 560; *Audet c. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield*, [1974] R.P. 236; *Lindsay c. Henri Laflamme Inc.*, J.E. 89-760; *Rothpan c. 123870 Canada Inc.*, J.E. 89-1111; *Coffey c. Tran*, J.E. 91-223; *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085; *Taxi Newman Lafleur c. Cie d'assurances Provinces-Unies*, [1991] R.R.A. 411; *Impériale (L'), Cie d'assurance-vie c. Succession de Roy*, [1990] R.J.Q. 2468; *Robitaille c. Cie d'assurance C.N.A.*, J.E. 79-565; *Laprise c. Bonneau*, [1985] C.A. 9; *Hay c. University of Alberta Hospital* (1990), 69 D.L.R. (4th) 755; *Cook c. Ip* (1985), 52 O.R. 289; *Furlano c. Calarco* (1987), 60 O.R. (2d) 451; *Tamssot c. Belgrano* (1987), 59 O.R. (2d) 57; *Dufault c. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199; *Halliday c. McCulloch* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194.

Lois et règlements cités

British Columbia Supreme Court Rules, règle 26(11).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9, 52, 53.
Code civil du Bas-Canada, art. 1019, 1056, 1204, 2468, 2499, 2528.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 2, 20, 399, 399.1, 400, 402.
Loi médicale, L.R.Q., ch. M-9, art. 42.
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 1a), 7, 8.
 Règles de procédure civile de l'Ontario, règle 30.10.

Doctrine citée

Bergeron, Jean-Guy. *Les contrats d'assurance (terrestre)*, t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM Inc., 1989.

- Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. *La responsabilité civile médicale*. Sherbrooke: Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980.
- Birds, John. *Modern Insurance Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.
- Ducharme, Léo. «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1984), 44 *R. du B.* 955.
- Knoppers, Bartha. «Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis» (1982), 12 *R.D.U.S.* 395.
- Lajoie, Andrée, Patrick A. Molinari et Jean-Marie Auby. *Traité de droit de la santé et des services sociaux*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1981.
- McLachlin, Beverley M. and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: Butterworths, 1991 (loose-leaf).
- Molot, Henry L. «Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth» (1971), 10 *Alta. L. Rev.* 45.
- Morissette, Yves-Marie et Daniel W. Shuman. «Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve» (1984), 25 *C. de D.* 501.
- Norwood, David. *Life Insurance Law in Canada*. Toronto: Richard de Boo Ltd., 1977.
- Quebec. Legislative Assembly of Quebec. *Bill 20: Code of Civil Procedure*. Québec: Queen's Printer, 1965.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Solus, Henry et Roger Perrot. *Droit judiciaire privé*, t. 1. Paris: Sirey, 1961.
- Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Watt, Alastair M. «Le secret professionnel» (1945), 5 *R. du B.* 189.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. *La responsabilité civile médicale*. Sherbrooke: Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1980.
- Birds, John. *Modern Insurance Law*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.
- Ducharme, Léo. «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1984), 44 *R. du B.* 955.
- Knoppers, Bartha. «Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis» (1982), 12 *R.D.U.S.* 395.
- Lajoie, Andrée, Patrick A. Molinari et Jean-Marie Auby. *Traité de droit de la santé et des services sociaux*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1981.
- McLachlin, Beverley M. and James P. Taylor. *British Columbia Practice*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: Butterworths, 1991 (loose-leaf).
- Molot, Henry L. «Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth» (1971), 10 *Alta. L. Rev.* 45.
- Morissette, Yves-Marie et Daniel W. Shuman. «Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve» (1984), 25 *C. de D.* 501.
- Norwood, David. *Life Insurance Law in Canada*. Toronto: Richard de Boo Ltd., 1977.
- Québec. Assemblée législative du Québec. *Bill 20: Code de procédure civile*. Québec: Imprimeur de la Reine, 1965.
- Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.
- Solus, Henry et Roger Perrot. *Droit judiciaire privé*, t. 1. Paris: Sirey, 1961.
- Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Watt, Alastair M. «Le secret professionnel» (1945), 5 *R. du B.* 189.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 62, 34 Q.A.C. 143, affirming a judgment of the Court of Quebec. Appeal allowed.

Marzia Frascadore and Marc-André Blanchard, for the appellant.

Jacques Marquis, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1990] R.J.Q. 62, 34 Q.A.C. 143, qui a confirmé un jugement de la Cour du Québec. Pourvoi accueilli.

Marzia Frascadore et Marc-André Blanchard, pour l'appelante.

Jacques Marquis, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises the question of the right of access of life insurance companies to the hospital records of an insured in the course of an investigation into the validity of a claim for indemnity, in this instance, a supplementary indemnity for accidental death. The resolution of this issue rests upon the wording of the insurance contract, particularly the authorization, signed by the insured, to release medical information, interpreted in the context of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "Charter"), and the procedural scheme embodied in the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25.

Facts

The appellant insurance company issued an insurance policy on the life of Patrick Frenette, the respondent's son, on November 10, 1983. According to the terms of the policy, on the death of the insured a basic indemnity of \$10,000 was to be paid to the beneficiary of the policy. Where the cause of death was accidental, a rider incorporated into the policy provided a supplementary indemnity equal to or double the amount of the basic indemnity. A number of exclusions contained in the rider, however, limited entitlement to this supplementary indemnity; in particular, death resulting from suicide and death from a fatal reaction to unprescribed drugs were expressly excluded risks. At the time he applied for the insurance policy on October 27, 1983, the insured signed a standard form authorizing the appellant insurer to have access to his medical records "[a]ux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres" ([TRANSLATION] "[f]or the purposes of risk assessment and loss analysis").

The insured was last seen alive by his mother on July 25, 1986. His body was found by a fisherman in Rivière des Prairies on July 29, 1986. In the coroner's estimation, the body may have been in the water for about five to seven days. An autopsy revealed that the probable cause of death was asphyxiation as a result of drowning. However, given the advanced state of decomposition of the

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Ce pourvoi soulève la question du droit d'accès des compagnies d'assurance-vie aux dossiers hospitaliers d'un assuré, dans le cadre d'une enquête sur la validité d'une réclamation d'indemnité, en l'espèce, une indemnité additionnelle en cas de décès accidentel. La solution du litige repose sur le libellé du contrat d'assurance et notamment de l'autorisation, signée par l'assuré, d'obtenir communication de ses dossiers médicaux, interprétés dans le contexte de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la «Charte»), et du régime procédural prévu dans le *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25.

Les faits

La compagnie d'assurances appelante a émis une police d'assurance-vie à Patrick Frenette, le fils de l'intimé, le 10 novembre 1983. Selon les modalités de cette police, en cas de décès de l'assuré, une indemnité de base de 10 000 \$ devait être payée au bénéficiaire de la police. En cas de décès accidentel, un avenant contenu dans la police prévoyait le paiement d'une indemnité additionnelle égale à l'indemnité de base ou au double de celle-ci. Toutefois, l'avenant contenait un certain nombre de risques exclus limitant le droit à cette indemnité additionnelle, parmi lesquels le décès résultant d'un suicide ou d'une réaction mortelle à une drogue non prescrite. Au moment où il a soumis sa proposition d'assurance le 27 octobre 1983, l'assuré a signé une formule standard permettant à l'assureur appelant d'avoir accès à ses dossiers médicaux «[a]ux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres».

La mère de l'assuré l'a vu vivant pour la dernière fois le 25 juillet 1986. Un pêcheur a retrouvé son corps dans la rivière des Prairies le 29 juillet 1986. Selon le coroner, le corps pouvait avoir séjourné dans l'eau pendant cinq à sept jours. Une autopsie a révélé que l'asphyxie par noyade était la cause probable du décès. Toutefois, compte tenu de l'état de décomposition avancée du corps de l'as-

insured's body, no chemical test could be performed on the tissues of the insured to detect traces of alcohol or toxins.

Upon receiving the claim filed by the respondent—the policy's beneficiary—the appellant paid the sum of \$10,000, the basic indemnity under the policy. It refused, however, to pay the supplementary indemnity for accidental death, claiming that the drowning was not accidental but was actually a deliberate act on the part of the insured, i.e., a suicide. The respondent took action on April 22, 1987 in the Provincial Court, district of Montreal (now the Court of Quebec, Civil Division) for the recovery of the supplementary indemnity. In its defence, the appellant insurer reiterated its claim of suicide, and alleged, furthermore, that the insured had a history of chronic alcohol and drug abuse and, at various times in the past (in one instance, by an ingestion of sulphuric acid in 1985), had attempted to commit suicide.

These beliefs or suspicions were based on information the appellant insurer had gathered from the medical records it had been able to obtain during the course of its investigation into the cause of death of the insured. In fact, records of July 24, 1986—the eve of his disappearance—indicated that the insured had been rushed to the emergency ward of the *mis en cause*, Hôpital Jean-Talon, on the previous day, possibly for a drug overdose after having ingested about 25-30 Halcion pills together with other drugs. In these circumstances, the appellant asked the respondent, the beneficiary of the insurance policy, to sign an authorization allowing it to review the entire medical record of the insured. The respondent refused. The appellant then presented the original authorization signed by the insured on October 27, 1983 to the hospital requesting the release of the insured's medical records. The hospital also refused, citing hospital practices which prohibited release of medical records except where such original authorizations were signed by the beneficiary of the services within 90 days of the request.

As a result, the appellant brought a motion under arts. 20, 400 and 402 of the Quebec *Code of*

suré, on n'a pu effectuer aucun test chimique sur ses tissus aux fins de déceler des traces d'alcool ou de toxines.

Sur réception de la réclamation de l'intimé, bénéficiaire de la police, l'appelante a versé la somme de 10 000 \$, l'indemnité de base prévue dans la police. Elle a toutefois refusé de payer l'indemnité additionnelle prévue en cas de décès accidentel, pour le motif que la noyade n'était pas accidentelle, mais constituait en fait un acte délibéré de la part de l'assuré, soit un suicide. L'intimé intentait, le 22 avril 1987, devant la Cour provinciale du district de Montréal (maintenant la Cour du Québec, Chambre civile) une action en recouvrement de l'indemnité additionnelle. Dans sa défense, l'assureur appelant a réitéré qu'il s'agissait d'un suicide et a soutenu que l'assuré avait des antécédents de consommation chronique abusive d'alcool et de drogues et qu'à diverses reprises dans le passé (dans un cas, par ingestion d'acide sulfurique en 1985), il avait tenté de se suicider.

Ces soupçons étaient fondés sur les renseignements que l'assureur appelant avait recueillis en consultant les dossiers médicaux qu'il avait été en mesure d'obtenir dans le cadre de son enquête sur la cause du décès de l'assuré. En fait, d'après le dossier du 24 juillet 1986, la veille de sa disparition, l'assuré avait été amené à l'urgence de l'Hôpital Jean-Talon, mis en cause, le jour précédent, probablement pour une surdose de drogues, car il avait avalé environ 25 à 30 comprimés d'Halcion ainsi que d'autres drogues. Dans ces circonstances, l'appelante a demandé à l'intimé, bénéficiaire de la police d'assurance, de signer une formule l'autorisant à examiner le dossier médical complet de l'assuré. L'intimé a refusé. L'appelante a alors présenté à l'hôpital l'autorisation initiale signée par l'assuré le 27 octobre 1983, afin d'obtenir communication des dossiers médicaux de l'assuré. L'hôpital a aussi refusé, invoquant ses pratiques internes qui ne l'autorisaient pas à divulguer les dossiers médicaux, sauf dans les cas où l'autorisation initiale du bénéficiaire des services avait été signée dans les 90 jours de la demande.

L'appelante a alors déposé une requête fondée sur les art. 20, 400 et 402 du *Code de procédure*

Civil Procedure, seeking an order compelling the *mis en cause* hospital to allow it to examine and make copies of the entire medical records of the insured, as well as an order against the Régie de l'assurance-maladie du Québec to release the list of doctors who had treated the insured in the past. (In the Court of Appeal as before us, the second demand was abandoned.) The appellant alleged that the denial of access to the hospital records of its insured would greatly impair its ability to prepare a full and complete defence. Specifically, paragraphs 8 and 9 of its motion read:

[TRANSLATION] 8. It is in the interests of the defendant-applicant to be able to examine the complete medical records of Patrick Frenette, and for the *mis-en-cause* to allow it to make copies thereof;

9. Without an order of this Court, the defendant-applicant will be unable to exercise its right to make full answer and defence;

The Court of Quebec (Civil Division) held that neither the waiver of the right to non-disclosure of medical information contained in the insurance contract nor the provisions of the Quebec *Code of Civil Procedure* gave the appellant a right of access to the medical records of its insured for the purpose of its investigation into the circumstances surrounding his death. Consequently, it dismissed the motion. On November 15, 1989, a majority of the Court of Appeal, Malouf J.A. dissenting, dismissed the appellant's appeal: [1990] R.J.Q. 62, 34 Q.A.C. 143.

Judgments

Court of Quebec (Civil Division)

With respect to the written authorization given by the insured to the appellant, the judge concluded that because it was signed prior to the issuing of the policy, it could not apply to medical consultations past that date:

[TRANSLATION] One thing is certain in this regard: the authorization signed by the deceased cannot be taken into account. It is prior to the issuing of the policy and cannot cover subsequent medical consultations.

civile du Québec en vue d'obtenir, d'une part, une ordonnance enjoignant à l'hôpital mis en cause de lui permettre d'examiner et de faire des copies des dossiers médicaux complets de l'assuré et, d'autre part, une ordonnance enjoignant à la Régie de l'assurance-maladie du Québec de lui remettre la liste des médecins qui avaient traité l'assuré dans le passé. (La deuxième demande a été abandonnée en Cour d'appel ainsi que devant notre Cour.) L'appelante soutient que le refus de lui donner accès aux dossiers hospitaliers de son assuré compromettrait grandement sa capacité de préparer une défense pleine et entière. Plus particulièrement, les paragraphes 8 et 9 de sa requête se lisent ainsi:

8. Il est dans l'intérêt de la défenderesse-requérante qu'elle puisse prendre communication des dossiers médicaux complets de Patrick Frenette, et que les *mis-en-cause* lui en laissent prendre copie;

9. Sans un ordre de cette Cour, la défenderesse-requérante sera dans l'impossibilité d'exercer son droit à une défense pleine et entière;

La Cour du Québec (Chambre civile) a statué que ni la renonciation au droit à la non-communication des renseignements médicaux contenue dans le contrat d'assurance ni les dispositions du *Code de procédure civile* du Québec ne donnent à l'appelante un droit d'accès aux dossiers médicaux de son assuré aux fins d'une enquête sur les circonstances de son décès. En conséquence, elle a rejeté la requête. Le 15 novembre 1989, la Cour d'appel à la majorité, le juge Malouf étant dissident, a rejeté l'appel de l'appelante: [1990] R.J.Q. 62, 34 Q.A.C. 143.

Les jugements

La Cour du Québec (Chambre civile)

En ce qui concerne l'autorisation écrite donnée par l'assuré à l'appelante, le juge a conclu que, parce qu'elle avait été signée avant l'émission de la police, elle n'était pas valable pour des consultations médicales ultérieures:

Une chose est certaine à cet égard: l'autorisation signée par le défunt ne saurait entrer en ligne de compte. Elle est antérieure à l'émission de la police et ne peut valoir pour des consultations médicales subséquentes.

The judge also held that the *Code of Civil Procedure* could not be of help to the appellant since art. 400 *C.C.P.* is directly concerned with the communication of medical records and applies only in the two following situations. First, where the records sought are those of a person whose "examination has been authorized" under arts. 399 and 399.1; the insured being deceased, in this instance, the first hypothesis had to be excluded. Second, where a civil liability action has been instituted under art. 1056 of the *Civil Code of Lower Canada* (the "*Civil Code*") by the relatives of the deceased; clearly such was not the case either. Furthermore, the scope of art. 400 could not be extended by interpretation beyond these two situations as this would encroach upon the right to medical secrecy provided for in s. 42 of the *Medical Act*, R.S.Q., c. M-9, and the right to the confidentiality of hospital records guaranteed by s. 7 of *An Act Respecting Health Services and Social Services*, R.S.Q., c. S-5, two rights whose fundamental nature are recognized by the *Charter* in ss. 9, 52 and 53.

Finally, regarding arts. 20 and 402 *C.C.P.*, the trial judge said:

[TRANSLATION] The defendant's reliance on arts. 20 and 402 *C.C.P.* is also in vain. The former assumes a "right" for which the Code provides no method of exercise: here the ambient legislation denies the alleged right. Article 402 is a general rule, older than art. 400, to which the latter deliberately creates an exception. Accordingly, the maxim *generalalia specialibus non derogant* means that it cannot be applied to the medical record held by a hospital.

Court of Appeal, [1990] R.J.Q. 62

Baudouin J.A., for the majority, conceded that the authorization signed by the insured in the insurance policy constituted a waiver of his right to the secrecy and confidentiality of his medical and hospital records. However, in his view, the contractual waiver could be interpreted in two ways (at p. 65):

[TRANSLATION] According to the first interpretation, this is a pre-existing general waiver of professional secrecy which gives the insurer the right at the time of death, which may occur several years after the policy was

Le juge a aussi statué que le *Code de procédure civile* ne pouvait venir en aide à l'appelante puisque l'art. 400 *C.p.c.* traite spécifiquement de la communication de dossiers médicaux et ne s'applique que dans les deux cas suivants: premièrement, lorsque les dossiers requis sont ceux d'une personne «dont l'examen a été autorisé» en vertu des art. 399 et 399.1: puisque l'assuré est décédé en l'espèce, cette première hypothèse est exclue; deuxièmement, là où une action en responsabilité civile a été intentée, en vertu de l'art. 1056 du *Code civil du Bas-Canada* (le «*Code civil*»), par les parents du défunt; là encore, ce n'est évidemment pas la situation qui prévaut en l'espèce. De plus, interpréter l'art. 400 pour en étendre la portée au delà de ces deux cas empiéterait sur le droit au secret professionnel du médecin protégé par l'art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9, et sur le droit à la confidentialité des dossiers hospitaliers garanti par l'art. 7 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-5, deux droits dont la *Charte* reconnaît la nature fondamentale aux art. 9, 52 et 53.

Enfin, en ce qui concerne les art. 20 et 402 *C.p.c.*, le juge de première instance affirme:

C'est en vain que la défenderesse invoque en outre les art. 20 et 402 *C.p.c.* Le premier suppose un «droit» pour lequel le Code ne prévoit pas de mode d'exercice; ici la législation ambiante dénie le droit prétendu. Quant à l'art. 402, il constitue une règle générale plus ancienne que l'art. 400 et à laquelle celui-ci fait délibérément exception. Dès lors la maxime *generalalia specialibus non derogant* interdit de l'appliquer au dossier médical détenu par une institution hospitalière.

La Cour d'appel, [1990] R.J.Q. 62

Le juge Baudouin a reconnu, au nom de la majorité, que l'assuré, en signant l'autorisation contenue dans la police d'assurance, a renoncé à son droit au secret professionnel et à la confidentialité de ses dossiers médicaux et hospitaliers. Toutefois, à son avis, cette renonciation contractuelle peut s'interpréter de deux façons (à la p. 65):

Selon la première, il s'agit d'une renonciation en bloc et anticipée au secret professionnel qui donnerait donc à l'assureur le droit, au moment du décès, pouvant survenir plusieurs années après l'émission de la police, de

issued, to examine all medical and hospital records that may have been prepared on its insured during his lifetime. According to the second interpretation, accepted by the trial judge, this clause on the contrary has a limited effect. The waiver, signed before the policy was issued, cannot be applied to medical consultations subsequent to the policy being issued. The words “*loss analysis*” should thus be understood as applying to losses already existing at the time of the proposal, which could accordingly affect the insurer’s decision to agree or refuse to enter into the contract. [Italics in original.]

Concluding that the waiver was ambiguous, Baudouin J.A. applied the *contra proferentem* rule. He also questioned whether one could validly give an absolute or unlimited waiver of one’s right to the secrecy of one’s medical records—both for the present and future—in view of the fundamental nature of the right to professional secrecy recognized by s. 9 of the *Charter*. In his opinion, any waiver of such a fundamental right, when possible, must be [TRANSLATION] “limited, specific and particularized” (p. 65).

With regard to the arguments as to process put forward by the appellant, Baudouin J.A. agreed with the Court of Quebec that such a request for medical records could not be granted under art. 400 *C.C.P.* since that article only contemplated the two distinct situations set out by the trial judge, neither of which were applicable in this instance. After reviewing the jurisprudence regarding art. 402 *C.C.P.*, however, he expressed the view that the court had discretion to order the communication of medical records under that provision provided that the preconditions set out in art. 402 *C.C.P.* were respected. When dealing with medical records in the possession of physicians and hospitals, according to Baudouin J.A., the application of art. 402 *C.C.P.* is limited by two *Charter* provisions: s. 9—the right to non-disclosure of confidential information—and s. 5—the right to privacy. Consequently, two criteria must be weighed when considering the communication of medical records: first, the relevance of the documents sought with regard to the issues between the parties and, second, the protection of the confidentiality of medical records. The latter, being a relative

prendre connaissance de tous les dossiers médicaux et hospitaliers que son assuré a pu voir constituer à son sujet de son vivant. Selon la seconde interprétation retenue par le juge de première instance, cette clause aurait au contraire un effet limité. Signée avant l’émission de la police, la renonciation ne pourrait valoir pour les consultations médicales postérieures à l’émission de la police. Les termes «à l’étude des sinistres» devraient donc se comprendre comme touchant les sinistres déjà existant au moment de la proposition et qui pouvaient donc avoir une influence sur la décision de l’assureur d’accepter ou de refuser de contracter. [En italique dans l’original.]

Ayant conclu que cette renonciation était ambiguë, le juge Baudouin a appliqué la règle *contra proferentem*. Il a aussi mis en doute la légalité d’une renonciation absolue ou illimitée—tant pour le présent que pour l’avenir—au droit au secret de ses dossiers médicaux, compte tenu de la nature fondamentale du droit reconnu par l’art. 9 de la *Charte*. À son avis, toute renonciation à un tel droit fondamental, lorsqu’elle est possible, doit être «limitée, spécifique et particularisée» (p. 65).

Quant aux arguments invoqués par l’appelante au sujet de la procédure, le juge Baudouin est d’accord avec la Cour du Québec qu’il n’était pas possible d’accéder à la demande de communication de dossiers médicaux en vertu de l’art. 400 *C.p.c.*, parce que cet article ne vise que les deux situations mentionnées par le juge de première instance et que ni l’une ni l’autre ne se retrouve en l’espèce. Cependant, après analyse de la jurisprudence relative à l’art. 402 *C.p.c.*, il estime que le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d’ordonner la communication de dossiers médicaux en vertu de cette disposition, à condition que les conditions préalables énoncées à l’art. 402 *C.p.c.* aient été remplies. Dans le cas des dossiers médicaux détenus par des médecins et des hôpitaux, le juge Baudouin est d’avis que l’application de l’art. 402 *C.p.c.* est limitée par deux dispositions de la *Charte*: l’art. 9 qui garantit le droit à la non-divulgaration de renseignements confidentiels, et l’art. 5 qui garantit le droit au respect de la vie privée. En conséquence, le droit d’obtenir communication de dossiers médicaux doit être apprécié en fonction de deux critères: le premier touche la pertinence des docu-

right, may be waived either expressly or implicitly by the holder of that right. Baudouin J.A. stated that, while the jurisprudence had correctly held that an implicit waiver exists where the patient himself makes his physical or mental integrity a central issue—such as in a medical malpractice case—in the case at bar, a waiver of the right of non-disclosure of all medical information could not be inferred from the authorization signed by the insured. To effect such a renunciation, in Baudouin J.A.'s opinion, the renunciation must be [TRANSLATION] “clear, precise and limited” (p. 67). In this instance, not only was there no such renunciation, the order being sought by the appellant was much too broad. The scope of the information sought by the appellant was also, in his opinion, in clear violation of the insured's right to privacy guaranteed by s. 5 of the *Charter* and tantamount to a “fishing expedition”. Consequently, he dismissed the appeal.

In concurring reasons, Gendreau J.A. was generally in agreement with Baudouin J.A. with respect to the interpretation of art. 402 *C.C.P.* He too ruled that medical records could be considered a document within the meaning of art. 402 provided they met the conditions set out in that provision. However, in his view, the order sought by the appellant in this case failed to meet these conditions and constituted a “fishing expedition”. Accordingly, he observed at p. 73:

[TRANSLATION] In short, though art. 402 *C.C.P.* may authorize access to documents held by third parties, it is not a blanket authorization to obtain communication of documents, especially when their secrecy is protected by law (ss. 7 and 8, *An Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-5, and *Medical Act*, s. 42, R.S.Q., c. M-9). In my opinion the appellant has not shown in the case at bar that it was entitled to the conclusion sought because, first, the complete medical record of its insured is a document relating to the issues within the meaning given to that expression by this

ments demandés par rapport aux questions en litige et le deuxième, la protection de la confidentialité des dossiers médicaux. Cette protection est un droit relatif puisque le titulaire du droit peut y renoncer expressément ou implicitement. Le juge Baudouin remarque qu'alors que la jurisprudence a conclu, à juste titre, à l'existence d'une renonciation tacite lorsque le patient lui-même fait de son intégrité physique ou mentale—comme dans le cas d'une réclamation en responsabilité médicale—la question centrale, l'autorisation signée par l'assuré ne permettait toutefois pas ici de conclure qu'il avait renoncé à son droit à la non-divulgence de tout son dossier médical. Pour ce faire, il aurait fallu, de l'avis du juge Baudouin, une renonciation «claire, précise et limitée» (p. 67). En l'espèce, non seulement il n'y a pas eu pareille renonciation, mais encore l'ordonnance sollicitée par l'appelante était beaucoup trop générale. Il a estimé que l'ampleur des renseignements demandés par l'appelante allait nettement à l'encontre du droit de l'assuré au respect de sa vie privée que lui garantit l'art. 5 de la *Charte*, et équivalait à une «expédition de pêche». En conséquence, il a rejeté l'appel.

Dans des motifs concordants, le juge Gendreau s'est dit généralement d'accord avec le juge Baudouin relativement à l'interprétation de l'art. 402 *C.p.c.* Il a, lui aussi, conclu que les dossiers médicaux pouvaient être considérés comme un document au sens de l'art. 402 pourvu que les conditions énoncées dans cet article soient respectées. Toutefois, il s'est dit d'avis que l'ordonnance ici sollicitée par l'appelante ne satisfaisait pas à ces conditions et constituait une «expédition de pêche». Il a ainsi fait remarquer, à la p. 73:

En somme, l'article 402 *C.P.*, s'il permet l'accès à des documents détenus par des tiers, n'autorise pas à obtenir communication de n'importe quel document et, plus encore, lorsque leur secret est protégé par la loi (art. 7 et 8 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. ch. S-5, et art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q. ch. M-9). À mon avis, l'appelante n'a pas démontré, en l'espèce, qu'elle avait droit à la conclusion recherchée parce que, d'une part, le dossier médical complet de son assuré est un document se rapportant au litige au sens où cette expression fut définie par cette

Court, and second, he was entitled to have the confidentiality provisions enacted by the legislature overridden.

The contractual waiver signed by the insured, in his view, should receive restrictive interpretation as it was part of an adhesion contract (*contrat d'adhésion*) and involved privileged information whose confidentiality is expressly protected by legislation (the *Medical Act, An Act Respecting Health Services and Social Services* and the *Charter*). Using Baudouin J.A.'s words, Gendreau J.A. agreed that a valid renunciation of this privilege must be [TRANSLATION] "clear, express and limited" (p. 74). Unlike Baudouin J.A., however, Gendreau J.A. found the terms "loss analysis" not to be ambiguous; to him the "loss" in question clearly referred to the death of the insured. However, in his view, such an authorization must be limited in its scope (at p. 74):

[TRANSLATION] . . . with respect, I cannot agree that examining the causes of death embraces an investigation of the entire private life of an insured contained in his medical record. The living habits, even the misconduct, of an insured that may be assumed from reading a medical record are certainly not included in the authorization signed. . . .

Finally, while the insurer has an interest in the causes of death, it does not, in my opinion, have any concern with anything else. . . . It has no right to define itself what is and is not useful, pertinent and related to analysing the loss, after reading the entire record: it must provide details and proof to the court from which the authorization is requested, as to what it is entitled to have.

Consequently, he concurred with the result reached by Baudouin's J.A.

Malouf J.A., dissenting, would have allowed the appeal on the basis of the waiver contained in the insurance policy. In his view, the terms of the waiver were not ambiguous and the intention of the parties was clear: in using two distinct terms "risk" and "loss", they intended the waiver to be applicable to two distinct stages in the investigative process relating to an insurance policy: the initial stage of appraising the risk, setting the pre-

Cour et, d'autre part, qu'il avait droit qu'il soit passé outre aux prescriptions de confidentialité édictées par le législateur.

a La renonciation contractuelle signée par l'assuré devrait, à son avis, recevoir une interprétation restrictive parce qu'elle fait partie d'un contrat d'adhésion et vise des renseignements privilégiés dont la confidentialité est expressément protégée b par la loi (*Loi médicale, Loi sur les services de santé et les services sociaux* et la *Charte*). Reprenant les propos du juge Baudouin, le juge Gendreau a reconnu qu'une renonciation à ce privilège doit, pour être valide, être «claire, expresse et limitée» c (p. 74). Toutefois, contrairement au juge Baudouin, le juge Gendreau n'a pas jugé ambiguë l'expression «étude des sinistres»; à son avis, le «sinistre» en question était nettement le décès de d l'assuré. Le juge Gendreau a cependant estimé qu'une telle autorisation devait avoir une portée limitée (à la p. 74):

e . . . avec égards, je ne peux accepter que l'étude des causes du décès autorise à connaître toute la vie privée d'un assuré consignée à son dossier médical. Les habitudes de vie, voire les écarts de conduite d'un assuré, que pourrait laisser supposer la lecture d'un dossier médical, ne sont certainement pas inclus dans l'autorisation signée. . . . f

g Enfin, si l'assureur a un intérêt sur les causes du décès, il n'en a aucun, à mon avis, quant au reste. [. . .] Il ne lui appartient pas de définir elle-même ce qui est et n'est pas utile, pertinent et relié à l'étude du sinistre après avoir pu lire tout le dossier, mais il lui faut préciser et démontrer au Tribunal dont on requiert la reconnaissance de l'autorisation, ce à quoi il a droit.

h En conséquence, il a souscrit à la conclusion du juge Baudouin.

i Le juge Malouf, dissident, aurait accueilli l'appel en raison de la renonciation contenue dans la police d'assurance. À son avis, les termes utilisés dans la renonciation ne sont pas ambigus et l'intention des parties est claire: en utilisant les deux termes «risque» et «sinistre», les parties ont voulu que la renonciation s'applique à deux étapes distinctes du processus d'enquête relatif à une police d'assurance: l'étape initiale de l'appréciation du

mium and deciding to undertake the risk, and the final stage of determining the liability of the insurer under the policy. This conclusion was supported by a literal interpretation of the terms of the waiver, the ordinary meaning of the words, as well as the meaning given to them by the provisions of the *Civil Code* in its section on insurance. Accordingly, the term "risk" refers to [TRANSLATION] "a future event, certain or uncertain, which may occasion loss" in relation to facts existing at the time of the application for insurance, while the term "loss" can only refer to [TRANSLATION] "the realization of the risk and the determination which the insurer may make at that time". In Malouf J.A.'s view, the fact that the waiver was signed at the time of the application for insurance does not affect the insurer's right of access to the medical records of the insured for its investigation of the circumstances surrounding the latter's death. By signing the authorization to release his medical records, the insured in effect waived his right to the confidentiality of his records in favour of the appellant insurer as of the date of signing. Such a waiver survived the death of the insured. In spite of this conclusion, however, Malouf J.A. found that the order sought by the appellant was too broad. Consequently, he would have allowed the appeal but would have limited access to only those documents which are clearly material to the liability of the insurer, i.e., those which [TRANSLATION] "refer directly or indirectly to the events leading to his death" (p. 71).

Relevant Legislative Provisions

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

5. Every person has a right to respect for his private life.
9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position or profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

risque, la fixation de la prime et la décision d'assumer le risque, et l'étape finale de la détermination de la responsabilité de l'assureur aux termes de la police. Cette conclusion est fondée sur une interprétation littérale des termes utilisés dans la renonciation, sur le sens ordinaire de ces termes ainsi que sur le sens que leur donnent les dispositions du *Code civil* en matière d'assurance. Par conséquent, le terme «risque» s'entend d'un «événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner une perte» par rapport aux faits existant au moment de la proposition d'assurance, tandis que le terme «sinistre» ne peut que se rapporter à «la réalisation du risque et à l'étude que l'assureur peut faire à partir de ce moment-là». De l'avis du juge Malouf, le fait que la renonciation ait été signée au moment de la proposition d'assurance ne change rien au droit de l'assureur d'avoir accès aux dossiers médicaux de l'assuré dans le cadre de son enquête sur les circonstances ayant entouré le décès de ce dernier. En signant l'autorisation de divulguer ses dossiers médicaux, l'assuré a en fait renoncé à son droit à la confidentialité de ses dossiers en faveur de l'assureur appelant, à compter de la date à laquelle il a signé. Cette renonciation survit au décès de l'assuré. Malgré cette conclusion, le juge Malouf a toutefois statué que l'ordonnance sollicitée par l'appelante était trop générale. Il aurait donc accueilli l'appel, mais aurait limité l'accès aux seuls documents qui sont nettement pertinents à la responsabilité de l'assureur, c'est-à-dire ceux qui «se réfèrent directement ou indirectement aux faits conduisant à son décès» (p. 71).

Les dispositions législatives pertinentes

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.
9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter. ^a

53. If any doubt arises in the interpretation of a provision of the Act, it shall be resolved in keeping with the intent of the Charter. ^b

An Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5

1. In this Act . . . the following expressions and words mean: ^c

(a) "establishment": a local community service centre, a hospital centre, a social service centre or a reception centre;

. . .

7. The medical records of the beneficiaries in an establishment shall be confidential. No person shall give or take verbal or written communication of them or otherwise have access to them, even for an inquiry, except with the express or implied consent of the beneficiary, or on the order of a court, or the coroner exercising his duties or in cases where an Act or regulation provides that such communication is necessary for its administration. The same shall apply to the records of beneficiaries receiving social services from an establishment. ^d

A professional, however, may examine such records for study, teaching or research, notwithstanding subparagraph 5 of the second paragraph of section 59 of the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information (chapter A-2.1), with the permission of the director of professional services of the establishment which keeps such records or, failing such a director, with the permission of the director general, in accordance with the criteria established in section 125 of the said Act. ^e

A beneficiary shall have the right to obtain that the establishment send to another establishment or to a physician or dentist designated by him, a copy, extract or abstract of his record, in accordance with the regulations. ^f

Where an establishment provides a person with nominative information of a medical or social nature con- ^g

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la charte.

53. Si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte.

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5

1. Dans la présente loi [. . .], les expressions et mots suivants signifient:

a) «établissement»: un centre local de services communautaires, un centre hospitalier, un centre de services sociaux ou un centre d'accueil;

. . .

7. Sont confidentiels les dossiers médicaux des bénéficiaires dans un établissement. Nul ne peut en donner ou recevoir communication écrite ou verbale ou y avoir autrement accès, même aux fins d'une enquête, si ce n'est avec l'autorisation expresse ou implicite du bénéficiaire, ou encore sur l'ordre du tribunal ou du coroner dans l'exercice de ses fonctions ou dans les cas où une loi ou un règlement prévoit que la communication est nécessaire à son application. Il en est de même des dossiers des bénéficiaires qui reçoivent des services sociaux d'un établissement. ^h

Toutefois un professionnel peut prendre connaissance d'un tel dossier pour fins d'étude, d'enseignement ou de recherche, avec, malgré le paragraphe 5^o du deuxième alinéa de l'article 59 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1), l'autorisation du directeur des services professionnels de l'établissement qui a la garde du dossier ou, faute d'un tel directeur, avec l'autorisation du directeur général accordée conformément aux critères établis à l'article 125 de cette loi. ⁱ

Un bénéficiaire a droit d'obtenir que l'établissement fasse parvenir à un autre établissement ou à un médecin ou dentiste qu'il désigne une copie, un extrait ou un résumé de son dossier, conformément aux règlements. ^j

L'établissement qui fournit au bénéficiaire un renseignement nominatif de nature médicale ou sociale le con-

cerning him contained in his record, it shall, upon the request of the beneficiary, provide him with the assistance of a professional qualified to help him understand the information.

An establishment may refuse for the moment to give communication to a beneficiary of nominative information concerning him contained in his record where, in the opinion of his attending physician, it will likely be seriously prejudicial to his health. In such a case, the establishment, on the recommendation of the attending physician, shall determine when the information may be communicated and shall inform the beneficiary.

A beneficiary to whom an establishment refuses, for the moment, access to nominative information concerning him may, by way of a motion, apply to a judge of the Superior Court, of the Court of Québec, or to the Commission, for a review of the decision. He may also apply to the Commission d'accès à l'information.

Notwithstanding section 83 of the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information, no beneficiary has the right to be informed of the existence or to take communication of nominative information concerning him given by a third person which is contained in his record, where knowledge of the existence thereof or the communication thereof would make it possible to identify the third person, unless that person has agreed in writing to the disclosure of such information and the source thereof to the recipient.

The seventh paragraph does not apply where the nominative information was furnished by a health or social services professional or by a member of the staff of a health or social services establishment.

8. The following may also take communication of the record of a beneficiary:

(a) the heirs and legal representatives of a beneficiary, including the mandatary of an incapable person of full age;

(b) *(subparagraph repealed)*;

(c) the holder of parental authority in regard to the record of a minor;

(d) a person entitled to the payment of a benefit under a life insurance policy of a beneficiary.

cernant et contenu dans son dossier doit, à la demande de ce bénéficiaire, lui fournir l'assistance d'un professionnel, qualifié pour l'aider à comprendre ce renseignement.

L'établissement peut refuser momentanément de donner communication à un bénéficiaire d'un renseignement nominatif le concernant et contenu dans son dossier lorsque, de l'avis de son médecin traitant, il en résulterait vraisemblablement un préjudice grave pour sa santé. Dans ce cas, l'établissement sur la recommandation du médecin traitant, détermine le moment où ce renseignement pourra être communiqué et en avise le bénéficiaire.

Un bénéficiaire à qui l'établissement refuse momentanément l'accès à un renseignement nominatif le concernant peut, par requête, s'adresser à un juge de la Cour supérieure, de la Cour du Québec ou à la Commission pour qu'il révisé la décision de cet établissement. Il peut également s'adresser à la Commission d'accès à l'information.

Malgré l'article 83 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, un bénéficiaire n'a pas le droit d'être informé de l'existence ni de recevoir communication d'un renseignement nominatif le concernant et contenu dans son dossier qui a été fourni à son sujet par un tiers et dont l'information de l'existence ou la communication permettrait d'identifier le tiers, à moins que ce dernier n'ait consenti par écrit à ce que ce renseignement et sa provenance soient révélés au bénéficiaire.

Le septième alinéa ne s'applique pas lorsque le renseignement nominatif a été fourni par un professionnel de la santé ou des services sociaux ou par un membre du personnel d'un établissement de santé ou de services sociaux.

8. Peuvent également recevoir communication du dossier d'un bénéficiaire:

a) les héritiers et représentants légaux d'un bénéficiaire, y compris le mandataire d'un majeur inapte;

b) *(paragraphe abrogé)*;

c) le titulaire de l'autorité parentale relativement au dossier d'un mineur;

d) la personne ayant droit au paiement d'une prestation en vertu d'une police d'assurance sur la vie d'un bénéficiaire.

Notwithstanding the first paragraph, the heirs of a recipient shall not be given communication of the record of that recipient, except for the purposes of exercising their rights as heirs.

Similarly, no person who is entitled to the payment of a benefit under an insurance policy on the life of a recipient may be given communication of the record of that recipient, except for the purposes of establishing his rights to the benefit.

A minor under fourteen years of age is not entitled, within the scope of an application to have information communicated to him or rectified, to be informed of the existence or take communication of nominative information of a medical or social nature concerning him contained in the record held by the establishment. This paragraph does not have the object of restricting normal communications between a beneficiary and a health or social services professional or a member of the staff of a health or social services establishment.

This section applies notwithstanding the first paragraph of section 94 of the Act respecting Access to documents held by public bodies and the Protection of personal information (chapter A-2.1).

Medical Act, R.S.Q., c. M-9

42. No physician may be compelled to declare what has been revealed to him in his professional character.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

400. A court may order a hospital to allow a party to examine and make copies of the medical record of the person whose examination has been authorized or whose death gave rise to an action under article 1056 of the Civil Code.

402. If, after defence filed, it appears from the record that a document relating to the issues between the parties is in the possession of a third party, he may, upon summons authorized by the court, be ordered to give communication of it to the parties, unless he shows cause why he should not do so.

The court may also, at any time after defence filed, order a party or a third person having in his possession any object relating to the issues between the parties to exhibit the same on such conditions, at such time and place and in such manner as it deems expedient.

Malgré le premier alinéa, les héritiers d'un bénéficiaire ne peuvent recevoir communication du dossier de ce bénéficiaire que pour assurer l'exercice de leurs droits à ce titre.

De même, la personne ayant droit au paiement d'une prestation en vertu d'une police d'assurance sur la vie d'un bénéficiaire ne peut recevoir communication du dossier de ce bénéficiaire que pour établir ses droits à cette prestation.

Le mineur âgé de moins de quatorze ans n'a pas le droit, dans le cadre d'une demande de communication ou de rectification, d'être informé de l'existence, ni de recevoir communication d'un renseignement nominatif de nature médicale ou sociale le concernant, contenu dans le dossier de l'établissement. Le présent alinéa n'a pas pour objet de restreindre les communications normales entre un bénéficiaire et un professionnel de la santé ou des services sociaux ou un membre du personnel d'un établissement de santé ou de services sociaux.

Le présent article s'applique malgré le premier alinéa de l'article 94 de la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (chapitre A-2.1).

Loi médicale, L.R.Q., ch. M-9

42. Un médecin ne peut être contraint de déclarer ce qui lui a été révélé à raison de son caractère professionnel.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

400. Le tribunal peut ordonner à une institution hospitalière de communiquer à une partie le dossier médical de la personne dont l'examen a été autorisé ou dont le décès a donné lieu à une poursuite en vertu de l'article 1056 du Code civil, et de lui en laisser prendre copie.

402. Si, après production de la défense, il appert au dossier qu'un document se rapportant au litige est entre les mains d'un tiers, celui-ci sera tenu d'en donner communication aux parties, sur assignation autorisée par le tribunal, à moins de raisons le justifiant de s'y opposer.

Le tribunal peut aussi, en tout temps après production de la défense, ordonner à une partie ou à un tiers qui a en sa possession un objet se rapportant au litige, de l'exhiber aux conditions, temps et lieu et en la manière qu'il juge à propos.

Relevant Contractual Provisions

The authorization to release medical information found in the insurance contract reads as follows:

[TRANSLATION] **Authorization form and acknowledgment of receipt**

For the purposes of risk assessment and loss analysis, I give permission to:

- Any physician or other medical practitioner, hospital, clinic, other medical institution, consumer reports agency or medical information bureau to provide to METROPOLITAN medical information concerning me. Such information shall include findings made as a consequence of medical care, psychiatric or psychological care or examinations and surgical treatment in my case. . . . [Emphasis added.]

The rider providing a supplementary indemnity in case of accidental death is to the following effect:

[TRANSLATION] Metropolitan Life Insurance Company

Rider: Warranty in the event of accidental death

This rider forms part of the policy if mentioned on page 3

This rider provides additional insurance if the insured dies as the result of an accident.

If we receive proof that the insured died directly and independently of any other cause as the result of an accident, we shall pay under this rider:

1. an amount equal to the nominal insured capital;

OR

2. an amount equal to twice the amount mentioned in 1 above, if we receive proof that the accident occurred while the insured was a paying passenger in a licensed public vehicle operated by a public carrier for passenger service.

Risks not covered—No payment will be made if the death:

1. occurs before the insured's first birthday;

Les dispositions contractuelles pertinentes

Voici la formule d'autorisation de communication des renseignements médicaux contenue au contrat d'assurance:

Formule d'autorisation et d'accusé de réception

Aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres, je donne permission à:

- Tout médecin ou autre praticien, hôpital, clinique, autre établissement d'ordre médical, agence de rapports sur le consommateur ou au Bureau des renseignements médicaux, de transmettre, à LA MÉTROPOLITAINE, des renseignements médicaux à mon sujet. Ces renseignements comprennent des constatations faites à la suite de soins médicaux, de soins ou examens psychiatriques ou psychologiques, ou de traitements chirurgicaux, dans mon cas . . . [Je souligne.]

L'avenant qui prévoit le versement d'une indemnité additionnelle en cas de décès accidentel se lit ainsi:

La Métropolitaine, compagnie d'assurance vie

Avenant: Garantie en cas de décès accidentel

Le présent avenant fait partie de la police s'il est mentionné à la page 3.

Le présent avenant prévoit une assurance additionnelle si l'assuré meurt par suite d'un accident.

Si nous recevons une preuve indiquant que l'assuré est décédé, directement et indépendamment de toutes autres causes, par suite d'un accident, nous paierons en vertu du présent avenant:

1. une somme égale au capital assuré nominal;

OU

2. une somme égale à deux fois le montant mentionné en 1 ci-dessus, si nous recevons une preuve indiquant que l'accident est survenu pendant que l'assuré était un passager payant sa place dans un véhicule public immatriculé et exploité par un transporteur public pour le service de passagers.

Risques non couverts—Aucun paiement ne sera effectué si le décès:

1. survient avant le premier anniversaire de naissance de l'assuré;

- | | |
|--|--|
| <p>2. occurs over 90 days after the accident;</p> <p>3. is caused in whole or in part, directly or indirectly, by a physical or mental illness or treatment for the illness;</p> <p>4. is caused in whole or in part, directly or indirectly, by any infection caused by a visible external injury suffered accidentally;</p> <p>5. <u>is caused in whole or in part, directly or indirectly, by the use of any drug, unless used on the advice of a physician licensed to practise;</u></p> <p>6. <u>results from suicide, while of sound mind or otherwise;</u></p> <p>7. results from the commission of, or attempt to commit, assault or a criminal offence;</p> <p>8. results from a journey in an aircraft or the descent of that aircraft while it was in flight, if the insured</p> <p>(a) acted otherwise than as a passenger, or</p> <p>(b) was on board a non-military flight for the purpose of making a descent from the aircraft while it was in flight ... [Emphasis added; italics in original.]</p> | <p>2. survient plus de 90 jours après l'accident;</p> <p>3. est causé ou partiellement occasionné, directement ou indirectement, par une maladie physique ou mentale ou le traitement pour la maladie;</p> <p>4. est causé ou partiellement occasionné par toute infection, sauf une infection causée par une blessure externe visible subie accidentellement;</p> <p>5. <u>est causé ou partiellement occasionné, directement ou indirectement, par l'usage de toute drogue, sauf si utilisée sur l'avis d'un médecin autorisé à pratiquer;</u></p> <p>6. <u>résulte du suicide alors qu'on était sain d'esprit ou non;</u></p> <p>7. résulte du fait ou de la tentative de commettre des voies de fait ou une infraction criminelle;</p> <p>8. résulte d'un voyage dans un aéronef ou de la descente de cet aéronef pendant que celui-ci était en vol, si l'assuré</p> <p>(a) agissait autrement qu'à titre de passager, ou</p> <p>(b) était à bord d'un vol non militaire, dans le but d'effectuer une descente de l'aéronef alors que celui-ci était en vol ... [Je souligne.]</p> |
|--|--|

Issues

As previously stated, the main issue on this appeal is whether the appellant, a life insurance company, has the right to obtain access to the medical records of its insured in the possession of Hôpital Jean-Talon—a third party to the litigation—which may contain information relevant to the cause of death of the insured. In answering this question, it must be remembered that: (1) at the time of application for life insurance, the insured had signed an authorization to release information from the medical record “[f]or the purposes of risk assessment and loss analysis”, and the policy excludes coverage for accidental death in the event of suicide or death caused directly or indirectly by the intake of non-prescribed drugs; and (2) under art. 402 *C.C.P.*, the court has been conferred wide discretionary powers to order third parties to a litigation to give communication of documents in their possession which relate to the issues between the parties. Should it be concluded that the appellant has a right of access to the documents, the

Les questions en litige

Comme je l'ai déjà mentionné, le présent pourvoi vise principalement à déterminer si l'appellante, une compagnie d'assurance-vie, a le droit d'avoir accès aux dossiers médicaux de son assuré, qui se trouvent en la possession de l'Hôpital Jean-Talon—une tierce partie—et qui sont susceptibles de contenir des renseignements pertinents à la cause du décès de l'assuré. En répondant à cette question, il faut se rappeler les faits suivants: (1) au moment de la proposition d'assurance-vie, l'assuré avait signé une autorisation de divulguer les renseignements contenus dans son dossier médical «[a]ux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres», et la police ne couvre pas un décès accidentel qui résulte d'un suicide ou est causé, directement ou indirectement, par l'ingestion de drogues non prescrites; et (2) l'art. 402 *C.p.c.* confère au tribunal des pouvoirs discrétionnaires généraux d'ordonner à des tiers qui ont en leur possession des documents se rapportant au litige d'en donner communication aux parties. Si l'on devait

issue of the scope of that access and the time at which that access should be allowed must also be addressed, as well as the impact of the *Charter* on such a right of access and the process by which such access is obtained.

Central to the resolution of this last question is the balancing process through which the courts must weigh an individual's right to privacy and confidentiality of his or her medical records against society's interest in an efficient administration of justice which encourages full disclosure of all material facts of a case at the pre-trial stage so as to give a defendant the opportunity to prepare a full and complete defence, and to allow a trial judge, as stated by Denning L.J. in *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55 (C.A.), at p. 63, "to find out the truth, and to do justice according to law". (See also Henry L. Molot, "Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth" (1971), 10 *Alta. L. Rev.* 45.)

Analysis

Hospital records in Quebec are statutorily protected by a veil of confidentiality (s. 7 of *An Act Respecting Health Services and Social Services*), as are confidences given to physicians by reason of their profession (s. 9, para. 2 of the *Charter* and s. 42 of the *Medical Act*). The right to non-disclosure of confidential information generally is also provided for in the first paragraph of s. 9 of the *Charter*. However, the legislator has also expressly recognized various situations where parties may be given access to these records. Thus, health care establishments are allowed to impart communication of the contents of their records to parties with the express or implied consent of the beneficiary of the services or upon an order by the courts. When such consent has been given, the duty of hospitals to keep the records of their beneficiary confidential no longer remains.

In view of this, the question of whether the appellant should be given access to the medical

conclure que l'appelante a un droit d'accès aux documents, il faudra également examiner quelle est la portée de cet accès, quand il devrait y avoir accès, quelle est l'incidence de la *Charte* sur ce droit d'accès et enfin quelle est la procédure à suivre pour l'obtenir.

Sur cette dernière question, les tribunaux doivent soulever le droit du particulier au respect de sa vie privée et à la confidentialité de ses dossiers médicaux par rapport à l'intérêt qu'a la société dans une administration efficace de la justice qui favorise la divulgation complète de tous les faits substantiels d'une affaire à l'étape préliminaire, de façon à donner au défendeur la possibilité de préparer une défense pleine et entière et à permettre au juge de première instance, pour employer les propos du lord juge Denning, dans l'arrêt *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 Q.B. 55 (C.A.), à la p. 63, [TRADUCTION] «de découvrir la vérité et de rendre justice conformément à la loi». (Voir aussi Henry L. Molot, «Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth» (1971), 10 *Alta. L. Rev.* 45.)

Analyse

Au Québec, les dossiers hospitaliers (art. 7 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*) ainsi que les renseignements révélés à un médecin en raison de sa profession (deuxième alinéa de l'art. 9 de la *Charte* et art. 42 de la *Loi médicale*) jouissent de la protection de la loi qui les place sous le sceau de la confidentialité. Le droit à la non-divulgation de renseignements confidentiels en général est également prévu au premier alinéa de l'art. 9 de la *Charte*. Toutefois, le législateur a aussi expressément reconnu divers cas où une partie peut avoir accès à ces dossiers. Ainsi, les établissements de santé peuvent divulguer le contenu de leurs dossiers à des parties avec l'autorisation expresse ou implicite du bénéficiaire des services ou sur ordre de la cour. Une fois ce consentement donné, l'établissement hospitalier n'est plus tenu de garder confidentiels les dossiers du bénéficiaire.

Dans cette optique, pour déterminer si l'appelante devrait avoir accès aux dossiers médicaux de

records of the insured to investigate the cause of his death rests, first and foremost, on the wording of the contract of insurance, and, in particular, the nature and scope of the medical release form signed by the insured at the time he applied for insurance. The resolution of this question centres essentially on the meaning of the terms “[f]or the purposes of risk assessment and loss analysis” found in the release form signed by the insured in favour of the insurance company.

1. *The Contract*

Before embarking upon an analysis of the insurance contract, it may be useful to recall briefly some of the principles governing insurance contracts generally. They were appropriately set out in *Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 S.C.R. 995, at p. 1003:

In matters of insurance, as in other areas of the civil law, the principle of freedom of contract applies, and in general therefore it is for the parties to an insurance contract to define the limits of the risk covered and the conditions under which the indemnity is payable. [Emphasis added.]

In construing the terms of an insurance contract, it is now well recognized that the principles of construction which apply are the same as those generally applicable to commercial contracts. Indeed, some of these principles have been codified in the *Civil Code* in arts. 1013 to 1021. Thus, should a contract need interpretation, the cardinal rule is that the intention of the parties must prevail, subject of course to the public order provisions of the *Civil Code*. In the search for this intention, particular consideration must be given to the terms used by the parties, the context in which they are used and finally the purpose sought by the parties in using these terms (Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance* (1989), vol. 1, at p. 106). It is only where all the rules of construction have failed in assisting in the discovery of the true intention of the parties, that the court is entitled to resort to the *contra proferentem* rule in which case the contract is interpreted against the stipulator (*Consolidated-*

l'assuré aux fins d'enquêter sur la cause de son décès, il faut, d'abord et avant tout, se reporter au libellé du contrat d'assurance et, plus particulièrement, à la nature et à la portée de la formule d'autorisation médicale signée par l'assuré au moment où il a soumis sa proposition d'assurance. La réponse à cette question dépend essentiellement du sens des termes «[a]ux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres», que l'on trouve dans la formule d'autorisation signée par l'assuré en faveur de la compagnie d'assurances.

1. *Le contrat*

Avant d'aborder l'analyse du contrat d'assurance, il peut s'avérer utile de rappeler brièvement certains principes qui régissent généralement les contrats d'assurance. Ils ont été clairement exposés dans l'arrêt *Caisse populaire des Deux Rives c. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995, à la p. 1003:

En matière d'assurance tout comme dans les autres domaines du droit civil, le principe de la liberté contractuelle règne, et il revient donc, règle générale, aux parties à un contrat d'assurance de définir les limites du risque couvert ainsi que les conditions d'exigibilité de l'indemnité. [Je souligne.]

Dans l'interprétation d'un contrat d'assurance, il est maintenant bien établi que les principes d'interprétation sont les mêmes que ceux qui s'appliquent généralement aux contrats commerciaux. En fait, certains de ces principes ont été codifiés dans le *Code civil* aux art. 1013 à 1021. C'est ainsi que, s'il s'avère nécessaire d'interpréter un contrat, la règle cardinale est que l'intention des parties doit l'emporter, sous réserve bien entendu des dispositions d'ordre public du *Code civil*. Dans la recherche de cette intention, on doit tout particulièrement examiner les termes utilisés par les parties, le contexte dans lequel ils sont utilisés et, enfin, le but poursuivi par les parties en utilisant ces termes (Jean-Guy Bergeron, *Les contrats d'assurance* (1989), t. 1, à la p. 106). Le tribunal est habilité à appliquer la règle *contra proferentem* seulement dans le cas où toutes les règles d'interprétation n'ont pas permis de découvrir l'intention véritable des parties et, dans ce cas, le contrat s'interprète

Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co., [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 900-901. This rule has been codified at art. 1019 C.C.L.C. which provides:

1019. In cases of doubt, the contract is interpreted against him who has stipulated and in favor of him who has contracted the obligation.

and in the insurance section of the *Civil Code* where art. 2499 reads:

2499. In case of ambiguity, the insurance contract is interpreted against the insurer.

Turning now to the insurance contract under scrutiny here, I am of the view that the terms “[f]or the purposes of risk assessment and loss analysis” are clear and unambiguous. Consequently, they do not require interpretation. I therefore whole-heartedly endorse the excellent analysis of Malouf J.A. and his conclusion that, in choosing to employ the two different terms, “risk” and “loss”, the parties unequivocally intended the waiver to apply to two distinct time frames in the life of an insurance policy: the initial investigation required for the formation of the insurance contract and the investigation which becomes necessary to study the claim of a beneficiary to the supplementary indemnity for accidental death.

Indeed, the plain meanings of the words “risk” and “loss”, as Malouf J.A. himself rightly points out at p. 69, refer to two distinct events:

[TRANSLATION] These definitions [dictionary definitions] clearly show that the word “risk” refers to a future event, certain or uncertain, which may occasion loss, while the word “loss” simply means the occurrence of the event giving rise to the claim.

This view is reinforced when looked at in the particular context in which these terms have been used. Indeed, it must be kept in mind that “risk” and “loss” are elements which are central to the foundation of insurance contracts. Thus, the *Civil Code* provides the following definition of insurance contracts:

contre celui qui a stipulé (*Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, aux pp. 900 et 901). Cette règle a été codifiée à l’art. 1019 du C.c.B.-C.:

1019. Dans le doute le contrat s’interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l’obligation.

et dans la section des assurances du *Code civil*, à l’art. 2499:

2499. En cas d’ambiguïté, le contrat d’assurance s’interprète contre l’assureur.

En ce qui concerne le contrat d’assurance en l’espèce, je suis d’avis que les termes «[a]ux fins d’appréciation des risques et d’étude des sinistres» sont clairs et nets. En conséquence, ils n’ont pas besoin d’être interprétés. J’appuie donc sans réserve l’excellente analyse du juge Malouf de la Cour d’appel ainsi que sa conclusion que les parties, en décidant d’employer les deux termes «risques» et «sinistres» ont clairement voulu que la renonciation vise deux moments distincts dans la vie d’une police d’assurance: l’enquête initiale requise pour établir le contrat d’assurance et l’enquête qui s’avère nécessaire pour examiner la réclamation, par un bénéficiaire, de l’indemnité additionnelle en cas de décès accidentel.

En effet, comme le juge Malouf le fait lui-même remarquer à juste titre, à la p. 69, les termes «risques» et «sinistres», d’après leur sens ordinaire, visent deux événements distincts:

Ces définitions [les définitions de dictionnaires] démontrent clairement que le mot «risque» se réfère à un événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner une perte tandis que le mot «sinistre» veut simplement dire la réalisation de l’événement donnant lieu à la réclamation.

Ce point de vue est renforcé si l’on considère le contexte particulier dans lequel ces termes ont été utilisés. En fait, il faut se rappeler que les «risques» et les «sinistres» sont des éléments qui sont à la base même des contrats d’assurance. Ainsi, le *Code civil* donne la définition suivante du contrat d’assurance:

2468. A contract of insurance is that whereby the insurer undertakes, for a premium or assessment, to make a payment to a policyholder or a third person if an event that is the object of a risk occurs.

Professor Birds in *Modern Insurance Law* (2nd ed. 1988), at pp. 8-9, for his part, defines insurance contracts as:

... any contract whereby one party assumes the risk of an uncertain event, which is not within his control, happening at a future time, in which event the other party has an interest, and under which contract the first party is bound to pay money or provide its equivalent if the uncertain event occurs.

Hence, "risks" in insurance contracts refer to the very object of the contract of insurance, the happening of which—the "loss"—triggers the obligation of the insurer to indemnify the insured or his beneficiary. This interpretation is lent further support by the *Civil Code* which assimilates "*sinistre*" to the English word "loss". In this context, Malouf J.A. is entirely correct, in my opinion, in observing, at p. 70:

[TRANSLATION] ... the loss can only occur at the time the risk is realized. In other words, it is the loss which gives rise to the claim. ... Put otherwise, the risk is the future event which is feared by the insured. This word refers to a future event, certain or uncertain, which may occasion loss. The word "loss" refers to the occurrence of the event giving rise to the claim. In other words, the terms "risks" and "losses" have a different definition and a distinct meaning.

Consequently, with respect, it would be a distortion of the plain meaning as well as the technical meaning of the terms "risk" and "loss" to hold, as did Baudouin J.A., that the terms "loss analysis" should be construed as a reference to losses which may have occurred in the past and which are material to the appreciation of the risk, the setting of the premium and the decision to extend coverage. Indeed, if that were the intention of the parties, it would have been sufficient to stipulate simply that the waiver was "[f]or the purposes of risk assessment" and to omit the rest of the clause, as investigation of past losses is already subsumed in the

2468. Le contrat d'assurance est celui en vertu duquel l'assureur, moyennant une prime ou cotisation, s'engage à verser au preneur ou à un tiers une prestation en cas de réalisation d'un risque.

Le professeur Birds dans l'ouvrage *Modern Insurance Law* (2^e éd. 1988), aux pp. 8 et 9, définit ainsi les contrats d'assurance:

[TRADUCTION] ... tout contrat en vertu duquel une partie assume le risque de réalisation d'un événement futur incertain, indépendant de sa volonté, auquel cas l'autre partie acquiert un droit, et en vertu duquel la première partie est tenue de payer à l'autre une somme d'argent ou de fournir une chose équivalente en cas de réalisation de cet événement incertain.

En conséquence, les «risques» constituent l'objet même du contrat d'assurance; la réalisation de ce risque, c'est-à-dire le «sinistre», déclenche l'obligation de l'assureur d'indemniser l'assuré ou son bénéficiaire. Cette interprétation est appuyée davantage par le *Code civil* qui assimile le terme «sinistre» au terme anglais «loss». Dans ce contexte, le juge Malouf a parfaitement raison, selon moi, de faire remarquer, à la p. 70:

... le sinistre ne peut avoir lieu qu'au moment de la réalisation du risque. En d'autres termes, c'est la perte ou «loss» qui donne lieu à la réclamation. [...] Autrement dit, le risque est l'événement futur qui est redouté par l'assuré. Ce mot réfère à un événement futur, certain ou incertain, qui peut occasionner la perte. Le mot «sinistre» se réfère à la réalisation de l'événement donnant lieu à la réclamation. En d'autres termes, les expressions «risque» et «sinistre» possèdent une définition différente et une signification distincte.

Donc, en toute déférence, ce serait dénaturer à la fois le sens ordinaire et le sens technique des termes «risques» et «sinistres» que de conclure, comme l'a fait le juge Baudouin, que l'expression «étude des sinistres» devrait être interprétée comme se rapportant aux pertes qui ont pu se produire dans le passé et qui peuvent être pertinentes pour l'appréciation du risque, la fixation de la prime et la décision de l'assureur d'accorder ou de refuser la protection. En fait, si telle était l'intention des parties, il aurait suffi de stipuler simplement que la renonciation était «[a]ux fins d'appréciation des risques» et d'omettre le reste de la

initial evaluation of the risk. Again I find Malouf J.A.'s remarks on this issue relevant (at p. 70):

[TRANSLATION] I cannot agree that the term "loss analysis" refers only to the facts existing at the time of the proposal. Those facts undoubtedly affect the setting of the premium and may lead the insurer to accept or refuse the proposal submitted. In my view, the term "loss analysis" can refer only to the realization of the risk and the determination which the insurer may make at that time.

I would also point out that, in the context of a life insurance policy, the term "loss" can obviously only refer to the death of the insured, an event which, of necessity, occurs only in the future.

Should it be necessary to pursue this analysis further, the most important indicator of the intention of the parties is the purpose of the waiver. In general, for basic life insurance policies, all that a beneficiary needs to do to qualify for the benefit is to provide proof of death (art. 2528 C.C.L.C.). It may be needless to point out that such proof is usually easily obtained and rarely contested. When dealing with claims for accidental death, however, the question of entitlement and burden of proof is more complex.

Insurance policies providing accidental death benefits typically contain two classes of exclusions: first, exclusions that are merely supportive of the substantive provisions of the policy for accidental death, such as death by suicide or illness—which are clearly not accidental deaths—and, second, exclusions covering situations where the nature of the circumstances surrounding the death is such that it is usually difficult, if not impossible, to determine the exact cause of death, for example, in cases of inhalation of gas or fumes or ingestion of poison (David Norwood, *Life Insurance Law in Canada* (1977), at pp. 311-12). The purpose of these exclusions, as indicated by Norwood, is pri-

clause, puisque l'enquête sur les pertes antérieures est déjà comprise dans l'appréciation initiale du risque. Encore une fois, j'estime que les observations du juge Malouf sur ce point sont pertinentes (à la p. 70):

Je ne peux accepter que le terme «l'étude des sinistres» se réfère seulement aux faits existant au moment de la proposition. Ces faits ont sûrement une influence sur la fixation de la prime et peuvent amener l'assureur à accepter ou à refuser la proposition soumise. Selon moi, le terme «l'étude des sinistres» ne peut que se référer à la réalisation du risque et à l'étude que l'assureur peut faire à partir de ce moment-là.

Je tiens, par ailleurs, à faire remarquer que, dans le contexte d'une police d'assurance-vie, le terme «sinistre» ne peut, de toute évidence, viser autre chose que le décès de l'assuré, un événement qui ne se produit nécessairement que dans l'avenir.

S'il était nécessaire de poursuivre cette analyse, il faudrait signaler que l'objet de la renonciation constitue l'indice le plus important de l'intention des parties. En général, dans les contrats d'assurance-vie de base, le bénéficiaire n'a qu'à présenter la preuve du décès (art. 2528 C.c.B.-C.) pour avoir droit à l'indemnité. Il va presque de soi que cette preuve est habituellement facile à obtenir et est rarement contestée. Toutefois, dans le cas des réclamations pour décès accidentel, la question du droit à l'indemnité et du fardeau de preuve est plus complexe.

Les polices d'assurance assorties d'indemnités en cas de décès accidentel renferment habituellement deux catégories d'exclusions: premièrement, les exclusions qui ne font qu'étayer les dispositions de fond de la police relativement aux décès accidentels, comme les décès résultant d'un suicide ou d'une maladie, qui ne sont clairement pas des décès accidentels, et deuxièmement, les exclusions visant les cas où, en raison de la nature des circonstances entourant le décès, il est habituellement difficile, voire impossible, de déterminer la cause exacte du décès, par exemple, dans les cas d'inhalation de gaz ou de vapeurs ou d'ingestion de poison (David Norwood, *Life Insurance Law in Canada* (1977), aux pp. 311 et 312). Ces exclusions, comme l'indique Norwood, visent principa-

marily to protect the insurer from uncertain and unprovable situations.

The question of burden of proof is further complicated when the circumstances of the death appear questionable and suicide may be involved (Norwood, *supra*, at pp. 313-17). (For an analysis of the burden of proof and the presumption against suicide in a claim for the proceeds of an accidental death insurance policy, see Mason J. in *Beischel v. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103 (Q.B.)) Thus, whereas, in general, an insurer conducts only one investigation under a health or life insurance policy, i.e., the initial investigation for the assessment of risk and the setting of the premium, in a claim for accidental death insurance benefit a second investigation almost always proves to be necessary. In particular, in the present case, determination of the cause of death is essential to assess whether the beneficiary is entitled to the supplementary indemnity for accidental death and, if so, the amount of that indemnity.

Furthermore and *a fortiori*, if, as Baudouin J.A. states, the right to privacy and to secrecy of medical information is a personal right—a matter which it is not necessary for us to decide here—in order to give full effect to the insurance contract and to determine the rights of a beneficiary of a life insurance policy, an insurer has no option but to obtain an authorization for the future from the insured to have the right of access to the latter's medical records.

In light of the foregoing, in signing the waiver, the insured could only but have consented to the release of his medical records to the appellant for the purpose of investigating the cause of his death so as to enable the insurance company to determine entitlement to the supplementary indemnity for accidental death according to the terms of the policy. There can be no doubt, as Malouf J.A. observed, that such waiver survives the death of the insured.

lement à protéger l'assureur contre des situations incertaines et impossibles à prouver.

La question du fardeau de preuve se complique davantage lorsque les circonstances du décès paraissent suspectes et qu'il peut s'agir d'un suicide (Norwood, *op. cit.*, aux pp. 313 à 317). (Pour une analyse du fardeau de preuve et de la présomption contre le suicide dans une réclamation d'indemnité prévue dans une police d'assurance en cas de décès accidentel, voir le juge Mason dans l'arrêt *Beischel c. Mutual of Omaha Insurance Co.* (1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103 (B.R.)) En conséquence, bien qu'en général, un assureur effectue une seule enquête en vertu d'une police d'assurance-maladie ou d'assurance-vie, soit l'enquête initiale aux fins de l'appréciation du risque et de la fixation de la prime, une deuxième enquête s'avère presque toujours nécessaire dans le cas d'une réclamation d'indemnité par suite d'un décès accidentel. En l'espèce, notamment, la cause du décès doit nécessairement être établie pour décider si le bénéficiaire a droit à l'indemnité additionnelle prévue en cas de décès accidentel et, dans l'affirmative, déterminer le montant de cette indemnité.

Par ailleurs et *a fortiori*, comme le mentionne le juge Baudouin, si le droit au respect de la vie privée et au secret professionnel du médecin est un droit personnel—question qu'il ne nous est pas nécessaire de trancher ici—l'assureur, afin de donner plein effet au contrat d'assurance et de déterminer les droits du bénéficiaire d'une police d'assurance, n'a d'autre choix que d'obtenir de l'assuré une autorisation pour l'avenir afin d'avoir un droit d'accès aux dossiers médicaux de cette personne.

Compte tenu de ce qui précède, lorsqu'il a signé la renonciation, l'assuré n'a pu que consentir à la divulgation de ses dossiers médicaux à l'appellante, aux fins d'une enquête sur la cause de son décès, de manière à permettre à la compagnie d'assurances d'établir le droit à l'indemnité additionnelle en cas de décès accidentel, conformément aux dispositions de la police. Comme l'a fait remarquer le juge Malouf, il ne peut y avoir de doute que pareille renonciation survit au décès de l'assuré.

The next question which must be resolved is the scope of information to which the appellant is entitled. The appellant requests unrestricted access to the records of the insured. Indeed, its motion concludes as follows:

[TRANSLATION] To ORDER the respondent, Hôpital Jean-Talon, to allow counsel for the defendant-applicant to examine the complete medical record of Patrick Frenette, including but without limiting the generality hereof, correspondence between physicians or hospitals, the various laboratory, expert or X-ray reports it has in its possession, by providing a copy of the said record at the expense of the defendant-applicant;

The scope of disclosure depends on the wording of the medical information release form signed by the insured. Careful reading of this waiver shows unequivocally that the only condition attached is that it be used for the purposes of "risk assessment and loss analysis". No other limit as to the scope is stipulated. It follows, therefore, that this contractual waiver entitles the appellant to have access to the complete medical records of the insured. Consequently, the *mis en cause*, Hôpital Jean-Talon, was not justified in denying the appellant access to these records. It may also be noted, *en passant*, that hospital administrative regulations which require that consents to release medical information be signed within 90 days of a request for information to be valid are of no effect against the clear words of a waiver signed by a beneficiary of hospital services. While such internal regulations may be intended to protect beneficiaries of hospital services, in the absence of prevailing legislation limiting the right of a beneficiary of such services to relieve a health care facility from its duty of non-disclosure, these regulations are of no value since the right to the non-disclosure of medical records belongs to the patient and can therefore be waived by him unconditionally or according to the conditions he sets out in the authorization. (For a discussion of this issue, see *Boivin v. Mutuelle d'Omaha, Cie d'assurance*, Sup. Ct. Roberval, No. 155-05-000065-897, February 22, 1990, unreported.)

Passant à la question suivante, reste à déterminer l'étendue des renseignements auxquels a droit l'appelante. L'appelante demande un accès illimité aux dossiers de l'assuré, comme l'indique la conclusion de sa requête:

ORDONNER à l'intimée, Hôpital Jean-Talon, de donner communication aux procureurs de la défenderesse-requérante du dossier médical complet de Patrick Frenette, y inclus mais sans limiter la généralité des présentes, la correspondance entre médecins ou hôpitaux, les divers rapports de laboratoire, expertise ou radiographie qu'elle ou qu'il a en sa possession, en donnant copie dudit dossier aux frais de la défenderesse-requérante;

L'étendue de la divulgation dépend du libellé de la formule d'autorisation signée par l'assuré. Une lecture attentive de cette renonciation révèle clairement que la seule condition qui y est attachée est qu'elle doit servir aux fins «d'appréciation des risques et d'étude des sinistres». Aucune autre restriction quant à l'étendue n'est stipulée. Il s'ensuit donc que cette renonciation contractuelle autorise l'appelante à avoir accès aux dossiers médicaux complets de l'assuré. En conséquence, le *mis en cause*, l'Hôpital Jean-Talon, n'était pas justifié de refuser à l'appelante l'accès à ces dossiers. En passant, je tiens aussi à faire remarquer que le règlement administratif de l'hôpital qui dispose que le consentement n'est valide que s'il a été donné dans les 90 jours suivant une demande de divulgation de renseignements médicaux est inopérant face au texte clair d'une renonciation signée par un bénéficiaire de services hospitaliers. Bien que ce genre de règlement interne puisse viser à protéger les bénéficiaires de services hospitaliers, en l'absence d'une loi prédominante limitant le droit d'un bénéficiaire de tels services de relever l'établissement de santé de son devoir de non-divulgation, il n'est d'aucune valeur puisque le droit à la non-divulgation des dossiers médicaux appartient au patient et que celui-ci peut y renoncer inconditionnellement ou conformément aux conditions qu'il prescrit dans l'autorisation de divulguer. (Pour une analyse de cette question, voir la décision *Boivin c. Mutuelle d'Omaha, Cie d'assurance*, C.S. Roberval, n° 155-05-000065-897, 22 février 1990, inédite.)

Given the clear and unambiguous terms of the waiver contained in the insurance policy, neither the respondent nor the *mis en cause* were entitled to oppose the appellant's request for the complete medical records of its insured providing that no superseding legislation to the contrary governs this situation. It is in this context that the *Charter* issue was raised before us and relied upon by the Court of Appeal, and it is to this issue which I now turn.

2. The Charter

The rights to privacy and to secrecy of confidential information have been enshrined in the *Charter* in ss. 5 and 9 which bear repeating here:

5. Every person has a right to respect for his private life.

9. Every person has a right to non-disclosure of confidential information.

No person bound to professional secrecy by law and no priest or other minister of religion may, even in judicial proceedings, disclose confidential information revealed to him by reason of his position of profession, unless he is authorized to do so by the person who confided such information to him or by an express provision of law.

The tribunal must, *ex officio*, ensure that professional secrecy is respected. [Emphasis added.]

Given that the right of confidentiality now receives quasi-constitutional protection in Quebec, the question which arises, therefore, is the scope and extent of this protection, especially in the presence of an express waiver of this right. Should an absolutist approach be taken in interpreting the right of confidentiality such that it may only be breached in very exceptional circumstances or should a relativist approach be adopted? Although, at first glance, from a reading of the broad general principle enunciated in the first paragraph of s. 9 of the *Charter*, it may appear that an absolutist interpretation should be favoured, the right to the confidentiality of one's medical records and the correlative duty imposed on those in possession of such records are undoubtedly relative in nature. Indeed, this is expressly recognized by the *Charter* itself in the second paragraph of s. 9 which deals

Compte tenu des termes clairs et nets de la renonciation contenue dans le contrat d'assurance, ni l'intimé ni le mis en cause n'étaient en droit de s'opposer à la communication, demandée par l'appelante, des dossiers médicaux complets de l'assuré pourvu qu'il n'existe pas de loi prédominante à l'effet contraire qui régirait cette situation. C'est dans ce contexte que les dispositions de la *Charte* ont été soulevées devant nous et devant la Cour d'appel qui s'en est inspirée; c'est sur cette question que je vais maintenant me pencher.

2. La Charte

Les droits au respect de la vie privée et au secret professionnel sont consacrés dans la *Charte* aux art. 5 et 9 qu'il vaut la peine de reproduire ici:

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

9. Chacun a droit au respect du secret professionnel.

Toute personne tenue par la loi au secret professionnel et tout prêtre ou autre ministre du culte ne peuvent, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui leur ont été révélés en raison de leur état ou profession, à moins qu'ils n'y soient autorisés par celui qui leur a fait ces confidences ou par une disposition expresse de la loi.

Le tribunal doit, d'office, assurer le respect du secret professionnel. [Je souligne.]

Puisque le droit à la confidentialité jouit maintenant d'une protection quasi constitutionnelle au Québec, la question qui se pose est donc de savoir quelle est l'étendue de cette protection, spécialement en présence d'une renonciation expresse à ce droit. S'agit-il d'un droit absolu auquel on ne puisse déroger que dans des circonstances très exceptionnelles? Ou s'agit-il plutôt d'un droit relatif? Bien que, de prime abord, le grand principe général énoncé au premier alinéa de l'art. 9 de la *Charte* semble indiquer que l'on devrait favoriser une interprétation absolue, le droit d'une personne à la confidentialité de ses dossiers médicaux et l'obligation correspondante imposée à ceux qui en ont la possession revêtent un caractère indubitablement relatif. En fait, ceci est expressément reconnu au deuxième alinéa de l'art. 9 de la *Charte* elle-même, qui traite de l'obligation de respecter le

with the duty of professionals to maintain secrecy. The legislator has thus established that either the holder of the right may, of his or her own will, relieve the professional from his or her duty to secrecy or the legislator himself, by express provision, may do so in the general public interest. That the legislator did not intend to make the right to non-disclosure of confidential documents absolute or quasi-absolute in enshrining this right in the *Charter* is further evidenced by the *Act Respecting Health Services and Social Services* which governs the duty of public health care facilities to keep the records of beneficiaries of their services confidential, in particular by s. 7 of this Act, applicable in the present case.

This section expressly recognizes that parties may be given access to the records of a beneficiary of hospital services in various circumstances. One such circumstance is where the beneficiary has consented to the release of his or her records to designated individuals. While this consent may be express or implied, the legislator has not imposed any restriction as to the form or scope of the disclosure. In the absence of consent, parties may still obtain access to such records either by requesting an order of the court or by falling within the class of persons enumerated in ss. 7 and 8 of *An Act Respecting Health Services and Social Services* or other such permissive legislation. Thus, individuals such as professionals—for study and research—(s. 7), the heirs and legal representatives of a beneficiary of services, the holder of parental authority, or a person entitled to the payment of a benefit under a life insurance policy (s. 8) may obtain access to the records of the beneficiary of services without prior authorization from the beneficiary of services or without the necessity of an order from the court.

Absent such clearly permissible instances, however, the scope of protection accorded to confidential information and, its corollary, the duty imposed on those in possession of such information vary depending on the context in which the right of confidentiality is being invoked to sup-

secret professionnel. Le législateur a donc prévu, d'une part, que le titulaire du droit peut, de son propre chef, relever le professionnel de son obligation ou, d'autre part, que le législateur lui-même peut le faire dans l'intérêt public général au moyen d'une disposition expresse de la loi. Le fait que le législateur n'ait pas entendu faire du droit à la non-divulgence de documents confidentiels un droit absolu ou quasi absolu en l'insérant dans la *Charte* ressort également de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* qui régit l'obligation qu'ont les établissements de santé publics de garder confidentiels les dossiers des bénéficiaires de leurs services, notamment en vertu de l'art. 7 de cette loi, qui s'applique en l'espèce.

Cet article reconnaît expressément que les parties peuvent avoir accès aux dossiers d'un bénéficiaire de services hospitaliers dans diverses circonstances, notamment lorsque le bénéficiaire a consenti à la divulgation de ses dossiers à des personnes désignées. Bien que ce consentement puisse être exprès ou implicite, le législateur n'a pas imposé de restriction quant à la forme ou à l'étendue de cette divulgation. En l'absence de consentement, les parties peuvent toujours avoir accès à ces dossiers s'ils demandent une ordonnance judiciaire en ce sens ou encore s'ils font partie des catégories de personnes énumérées aux art. 7 et 8 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* ou dans d'autres lois qui créent pareille faculté. Ainsi, un professionnel, pour fins d'étude et de recherche (art. 7), les héritiers et représentants légaux d'un bénéficiaire, le titulaire de l'autorité parentale ou une personne ayant droit au paiement d'une prestation en vertu d'une police d'assurance sur la vie (art. 8) peuvent avoir accès aux dossiers du bénéficiaire de services sans autorisation préalable de ce dernier ou sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire à cette fin.

Toutefois, à l'exception de ces cas où l'accès est clairement permis, l'étendue de la protection accordée aux renseignements confidentiels et son corollaire, l'obligation imposée à ceux qui détiennent ces renseignements, varient selon le contexte dans lequel on invoque le droit à la confidentialité

press the release of information. This variation comes as a result of the different principles and interests which must be taken into account when evaluating whether the information, the release of which is being sought, ought to remain confidential (see, for example, Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari and Jean-Marie Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux* (1981), at p. 256; Yves-Marie Morissette and Daniel W. Shuman, "Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve" (1984), 25 *C. de D.* 501; Léo Ducharme, "Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne" (1984), 44 *R. du B.* 955, at pp. 959-60). Hence, in an extrajudicial context, the main principle underlying the duty of a professional or a hospital to keep their medical records secret is that of the privacy of the individual. It is, therefore, legitimate for a court to give a broad interpretation to the general duty of non-disclosure imposed on hospitals and medical professionals in these circumstances and to interpret restrictively any violation of the right to confidentiality.

By contrast, in a judicial context, the duty of confidentiality of hospitals and the duty of secrecy of professionals such as physicians is translated into an evidentiary privilege. This may result in a conflict between the right of privacy of an individual and other fundamental principles of justice such as compellability, disclosure of material facts, the right to make a full defence and the search for truth. As a result, the scope of information protected by confidentiality must be assessed keeping in mind the divergent interests at play. The following comments from Professors Royer and Ducharme—albeit on professional secrecy—illustrate this position. Although the concept of professional secrecy may have different foundations and sources, such as the *Charter* and the professional Code of Ethics, many of its underlying principles are similar. Thus, the principles which have been developed in the case law and doctrine are applica-

pour empêcher la divulgation de renseignements. Cette variation découle des différents principes et droits dont il faut tenir compte en déterminant si les renseignements, dont la divulgation est demandée, devraient demeurer confidentiels (voir, par exemple, Andrée Lajoie, Patrick A. Molinari et Jean-Marie Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux* (1981), à la p. 256; Yves-Marie Morissette et Daniel W. Shuman, «Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve» (1984), 25 *C. de D.* 501; Léo Ducharme, «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne» (1984), 44 *R. du B.* 955, aux pp. 959 et 960). En conséquence, dans un contexte extrajudiciaire, le respect de la vie privée du particulier constitue le principe majeur qui sous-tend l'obligation d'un professionnel ou d'un hôpital de garder secrets leurs dossiers médicaux. Un tribunal est donc en droit, dans ces circonstances, d'interpréter d'une façon libérale l'obligation générale de non-divulgation imposée aux hôpitaux et aux professionnels de la santé, et d'une façon stricte toute violation du droit à la confidentialité.

Par contre, dans un contexte judiciaire, l'obligation de confidentialité qui incombe aux hôpitaux et l'obligation d'observer le secret professionnel qui incombe à des personnes comme les médecins se transposent en un privilege relatif à la preuve. Cela peut engendrer un conflit entre le droit au respect de la vie privée d'un particulier et les autres principes de justice fondamentale comme la contraignabilité, la divulgation de faits substantiels, le droit à une défense pleine et entière ainsi que la recherche de la vérité. En conséquence, il faut déterminer l'étendue des renseignements protégés par la confidentialité en tenant compte des intérêts divergents en présence. Les commentaires suivants des professeurs Royer et Ducharme, quoiqu'ils portent sur le secret professionnel, illustrent cette position. Bien que le concept du secret professionnel puisse avoir des fondements et des sources différents, comme la *Charte* et le Code de déontologie, bon nombre de ses principes sous-jacents sont similaires. Ainsi, les principes développés par la jurisprudence et la doctrine s'appliquent par analo-

ble by analogy to the issue of confidentiality of hospital records.

On the objectives of professional secrecy, Professor Jean-Claude Royer, *La preuve civile* (1987), writes at p. 405:

[TRANSLATION] The purpose of professional secrecy is twofold, that of protecting the confidentiality of relations between a professional and his client with respect to the public in general and that of ensuring the non-disclosure in court of confidential information given by a client to a professional. When understood in the first sense, secrecy is a duty of discretion imposed on the professional. In general the latter may not disclose the confidences of his client to third parties. This obligation may result from legislation, regulations or even the existence of a contractual relationship. Its infringement exposes the offender to civil or criminal penalties. When understood in the second sense, professional secrecy is the right or obligation of a person not to disclose to a court confidential information revealed to him in the course of his duties. It is an immunity which limits the admissibility of evidence and is an obstacle to discovering the truth. [Emphasis added.]

Professor Ducharme, *supra*, for his part, observes at pp. 959-60:

[TRANSLATION] Once it is recognized that there is a distinction between professional-secrecy-duty-of-discretion, as set out in the first paragraph of s. 9, and professional-secrecy-immunity governed by the second and third paragraphs, it is quite understandable that the rules applicable to one case do not necessarily apply to the other. Professional secrecy as a duty of discretion has its own special features, independent and apart from professional secrecy as a source of immunity. . . . When it comes to determining the extent of the professional secrecy immunity, such a broad interpretation is no longer possible. Two fundamental values of society must then be reconciled, namely the right to respect for privacy and the right to justice. The reconciliation of these two fundamental rights requires a restrictive interpretation of professional secrecy. [Emphasis added.]

Indeed, in the early 1980's, the Quebec Court of Appeal had espoused the above approach in a number of decisions: *Trempe v. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571, *Cordeau v. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201, *Paillé v. Lorcon Inc.*,

gie à la question de la confidentialité des dossiers hospitaliers.

En ce qui concerne les objectifs du secret professionnel, le professeur Jean-Claude Royer, *La preuve civile* (1987), écrit ce qui suit, à la p. 405:

Le secret professionnel a une double finalité, soit celle de protéger la confidentialité des rapports entre un professionnel et son client à l'égard du public en général, soit celle d'assurer la non-divulgence en justice des informations confidentielles confiées par un client à un professionnel. Entendu dans le premier sens, ce secret est un devoir de discrétion qui s'impose au professionnel. Celui-ci ne peut généralement pas divulguer à des tiers les confidences de son client. Cette obligation peut découler d'une loi, d'un règlement et même de la seule existence d'un rapport contractuel. Sa violation expose le contrevenant à des sanctions civiles ou pénales. Entendu dans le deuxième sens, le secret professionnel est le droit ou l'obligation d'une personne de ne pas divulguer devant un tribunal des renseignements confidentiels qui lui sont révélés dans l'exercice de ses fonctions. Il s'agit d'une immunité qui restreint la recevabilité de la preuve et qui est un obstacle à la découverte de la vérité. [Je souligne.]

Le professeur Ducharme, *loc. cit.*, fait remarquer, pour sa part, aux pp. 959 et 960:

Une fois reconnu qu'il existe une distinction entre le secret-professionnel-devoir-de-discrétion tel qu'énoncé par le premier alinéa de l'article 9 et le secret-professionnel-immunité réglementé par les deuxième et troisième alinéas, il est tout à fait normal que les règles applicables dans un cas ne le soient pas nécessairement dans l'autre. Le secret professionnel en tant que devoir de discrétion possède un régime propre, autonome et distinct du secret professionnel comme source d'immunité. [...] Lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de l'immunité du secret professionnel, une interprétation aussi extensive n'est plus possible. Deux valeurs fondamentales de la société doivent alors être conciliées, à savoir le droit au respect de la vie privée et le droit à la justice. La réconciliation de ces deux droits fondamentaux commande une interprétation restrictive du secret professionnel. [Je souligne.]

En fait, au début des années 80, la Cour d'appel du Québec a adopté ce point de vue dans un certain nombre d'arrêts: *Trempe c. Dow Chemical of Canada Ltd.*, [1980] C.A. 571, *Cordeau c. Cordeau*, [1984] R.D.J. 201, *Paillé c. Lorcon Inc.*,

[1986] R.D.J. 278. The remarks of Turgeon J.A. in *Cordeau*, at p. 205, are illustrative of this approach:

[TRANSLATION] Under the last paragraph of s. 9 [of the *Charter*], a judge has the discretionary power to protect a physician or require him to testify, depending on whether the judge considers it appropriate for the "sound administration of justice".

The interests of justice require that the truth be discovered. This involves the obligation of a physician to be silent in a judicial proceeding, not his duty of secrecy to the public in general. It is important to avoid making the physician an involuntary accomplice in the fraud committed by a party, as for example when the latter has made false statements in an insurance matter. [Emphasis added.]

In 1989, however, the decision of the Court of Appeal in *Rousseau (Succession de) v. Groupe Desjardins, Assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785, marked the return to an approach taken in 1977 in *Société centrale d'hypothèque et de logement v. Pagé*, [1977] C.A. 560, namely, a broad interpretation of s. 9 of the *Charter* when in conflict with the administration of justice, an approach shared by the Court of Appeal in this case. I suggest that the early 1980 decisions are more in accord with the rationale underlying s. 9 of the *Charter* and the right to non-disclosure of confidential information.

The duties pertaining to and the principles governing the confidentiality of hospitals with respect to their records are analogous to professional secrecy between physician and patient. The right of confidentiality is a relative right which exists mainly in the interest of the beneficiary of the hospital services. The legislator has envisaged various situations where a hospital may be relieved from its duty of confidentiality to give communication of the records of a beneficiary of services. One such case is where a beneficiary has given his consent to the release of his hospital records; another is where a court orders such a release.

In the present instance, the question of access and scope of access was easily resolved by the clear terms of the contract. Where a clear waiver

[1986] R.J.D. 278. Les propos du juge Turgeon, à la p. 205 de l'arrêt *Cordeau*, illustrent bien ce point de vue:

Le juge, en vertu du dernier alinéa de l'article 9 [de la *Charte*], a le pouvoir discrétionnaire de protéger le médecin ou de l'obliger à rendre témoignage, selon qu'il le juge à propos pour la «bonne administration de la justice».

L'intérêt de la justice exige la découverte de la vérité. Ici, il est question de l'obligation au silence du médecin devant les tribunaux judiciaires et non pas de son obligation au secret vis-à-vis le public en général. Il faut éviter au médecin de devenir un auxiliaire involontaire de la fraude commise par une partie, par exemple lorsque celle-ci a fait de fausses déclarations en matière d'assurance. [Je souligne.]

Cependant, en 1989, l'arrêt de la Cour d'appel *Rousseau (Succession de) c. Groupe Desjardins, Assurances générales*, [1989] R.J.Q. 785, a marqué un retour à la position adoptée en 1977 dans l'arrêt *Société centrale d'hypothèque et de logement c. Pagé*, [1977] C.A. 560, soit une interprétation libérale de l'art. 9 de la *Charte* en cas de conflit avec l'administration de la justice, position que la Cour d'appel a adoptée ici. J'estime que les décisions du début des années 80 sont plus compatibles avec le raisonnement qui sous-tend l'art. 9 de la *Charte* et le droit à la non-divulgence de renseignements confidentiels.

Les obligations relatives à la confidentialité des dossiers hospitaliers et les principes qui la régissent sont analogues à ceux qui existent dans le cas du secret professionnel entre un médecin et son patient. Le droit à la confidentialité est un droit relatif qui existe principalement dans l'intérêt du bénéficiaire des services hospitaliers. Le législateur a envisagé divers cas où un hôpital peut être libéré de son obligation de confidentialité de manière à pouvoir communiquer les dossiers d'un bénéficiaire de services. Un de ces cas est celui du bénéficiaire qui a consenti à la divulgation de ses dossiers hospitaliers; un autre, celui où un tribunal ordonne la divulgation de ces dossiers.

En l'espèce, les termes clairs du contrat ont permis de résoudre facilement la question de l'accès et de la portée de cet accès. Si le titulaire du droit à

has been given by the holder of the right to confidentiality, or where legislative provisions such as those found in the *Act Respecting Health Services and Social Services* permit direct access to hospital records, the question of the right to privacy is no longer in issue since, in one case, the holder of the right has, of his own accord, put aside his privacy under the terms and conditions set by him, and, in the other, the legislator has deemed that other interests must prevail over the individual interest of the beneficiary of the hospital services. Hence, no balancing of interests is necessary in either situation. In the first case, once an express or implied authorization has been found, such as here, health care facilities must release the information according to the terms of the authorization. In the present case, the only limit the insured had imposed on the release of his medical records to the appellant was that it be used for the purpose of "risk assessment and loss analysis"; no restriction as to the scope of information contained in the records was mentioned by the insured. Thus, the appellant was entitled to have access to the complete records of the insured provided these records were needed for the purpose stated in the authorization, a matter easily resolved here.

Situations may arise, however, where no authorization has been given by the insured or beneficiary of the hospital services nor can any authorization be inferred from his acts, or where an authorization has been deemed insufficient, or again where a health care establishment has refused to release the records requested despite a valid express or implied authorization or a legislative provision allowing such access. In these circumstances, a party must have recourse to the courts for an order compelling the health care establishment to release such records. Presented with such a motion, a court must weigh the interests in conflict. In the face of a clear express or implied authorization from the holder of the right of confidentiality or where a legislative provision such as those found in the *Act Respecting Hospital Services and Social Services* is applicable, the courts have no discretion, they must exercise their

la confidentialité a renoncé clairement à ce droit ou encore si des dispositions législatives comme celles qu'on trouve dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* autorisent un accès direct aux dossiers hospitaliers, la question du droit au respect de la vie privée ne se pose plus car, dans un cas, le titulaire du droit a, de son propre chef, renoncé au respect de sa vie privée aux conditions qu'il a lui-même fixées et, dans l'autre, le législateur a jugé que d'autres intérêts devaient l'emporter sur ceux du bénéficiaire des services hospitaliers. En conséquence, il n'est, dans aucun de ces cas, nécessaire de soupeser les intérêts en présence. Dans le premier cas, lorsqu'on conclut à l'existence d'une autorisation expresse ou implicite, comme en l'espèce, l'établissement de santé doit divulguer les renseignements conformément aux termes de l'autorisation. La seule restriction imposée ici par l'assuré est que la divulgation de ses dossiers médicaux à l'appelante serve à l'«appréciation des risques et [à l']étude des sinistres»; l'assuré n'a imposé aucune restriction quant à l'étendue des renseignements figurant dans son dossier. En conséquence, l'appelante avait un droit d'accès aux dossiers complets de l'assuré pourvu qu'ils soient nécessaires aux fins mentionnées dans l'autorisation, ce qui est facile à déterminer en l'espèce.

Toutefois, il peut se présenter des situations dans lesquelles il n'y a eu aucune autorisation de cette nature de la part de l'assuré ou du bénéficiaire des services hospitaliers et il n'est pas possible non plus de déduire de ses actes l'existence d'une telle autorisation, ou dans lesquelles l'autorisation a été jugée insuffisante ou encore dans lesquelles l'établissement de santé a refusé de divulguer les dossiers demandés malgré l'existence d'une autorisation expresse ou implicite valide ou d'une disposition législative autorisant cet accès. Dans ces circonstances, une partie peut s'adresser aux tribunaux pour requérir une ordonnance enjoignant à l'établissement de santé de divulguer ces dossiers. Le tribunal saisi d'une telle requête doit soupeser les intérêts qui s'opposent. S'il existe clairement une autorisation expresse ou implicite de la part du titulaire du droit à la confidentialité ou encore si une disposition législative, comme celles

jurisdiction to ensure that all relevant documents be before them to properly and fairly determine the issues between the parties and be made accessible, at the pre-trial stage, to a party to a litigation to allow the latter to prepare a full and complete defence. Hence, in these circumstances, the courts must issue an order against the health care establishment—in possession of records relevant to the issue in litigation—to provide these to the petitioner according to the terms of the authorization or the conditions set by the legislator for direct access to the records; no balancing process is necessary.

In other circumstances, however, the right of privacy of the beneficiary of the hospital services may come into direct conflict with the public interest or the interest of justice. The courts have a duty to protect these interests as well and must therefore weigh the divergent interests at play. It is in the context of this potential conflict that the procedural scheme in the *Code of Civil Procedure* must now be examined.

3. The Process

In Quebec, the procedure for compelling production of otherwise confidential medical documents is governed by the *Code of Civil Procedure*. The rules embodied in this Code have been defined as [TRANSLATION] “the set of rules that govern the organization and operation of justice with a view to guaranteeing to individuals that their subjective rights in matters of private law are implemented and sanctioned” (Henry Solus and Roger Perrot, *Droit judiciaire privé* (1961), vol. 1, at p. 13 (emphasis added)). In 1965, the Code was completely revised. Through this reform, the Commissioners sought to remove the excessive formalism and complexity which characterized the provisions of the previous Code and proposed, in their place, new provisions designed to simplify the procedure and to create a more expeditious system of

que l'on trouve dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, est applicable, les tribunaux ne possèdent aucun pouvoir discrétionnaire et ils doivent exercer leur compétence afin d'assurer que tous les documents pertinents leur soient soumis, d'une part, de manière à être en mesure de trancher d'une façon appropriée et équitable les questions en litige et, d'autre part, de manière qu'ils soient accessibles, à l'étape préliminaire, à une partie à un litige pour lui permettre de préparer une défense pleine et entière. Par conséquent, dans ces circonstances, les tribunaux doivent ordonner à l'établissement de santé qui a en sa possession des dossiers pertinents à la question en litige de les remettre au requérant conformément aux termes de l'autorisation ou aux conditions fixées par le législateur en matière d'accès direct aux dossiers; aucun processus d'évaluation n'est requis.

Dans d'autres circonstances, cependant, le droit au respect de la vie privée du bénéficiaire des services hospitaliers peut entrer directement en conflit avec l'intérêt public ou l'intérêt de la justice. Les tribunaux ont aussi l'obligation de protéger ces intérêts et ils doivent donc soupeser les intérêts divergents en présence. C'est dans le contexte de cette possibilité de conflit qu'il y a lieu maintenant d'examiner le régime procédural prévu au *Code de procédure civile*.

3. La procédure

Au Québec, ce sont les dispositions du *Code de procédure civile* qui régissent la production forcée de documents médicaux par ailleurs confidentiels. Les règles contenues dans ce code ont été définies comme «l'ensemble des règles qui gouvernent l'organisation et le fonctionnement de la justice en vue d'assurer aux particuliers la mise en œuvre et la sanction de leurs droits subjectifs en matière de droit privé» (Henry Solus et Roger Perrot, *Droit judiciaire privé* (1961), t. 1, à la p. 13 (je souligne)). En 1965, le Code a été révisé en profondeur. Dans le cadre de cette réforme, les commissaires ont cherché à éliminer la complexité et le formalisme excessifs qui caractérisaient les dispositions de l'ancien Code et ont proposé de les remplacer par de nouvelles dispositions destinées à simplifier la procédure et à créer un système procé-

procedure in order to bring the latter back to its true role of "servant of the substantive law" (Quebec, Legislative Assembly of Quebec, *Bill 20: Code of Civil Procedure* (1965), general remarks of the Commissioners at pp. I to VIa). In this spirit, several provisions were added or modified to promote full and early disclosure of the evidence. Indeed, art. 2 of the Code expressly sets forth the manner in which its rules are to be interpreted:

2. The rules of procedure in this Code are intended to render effective the substantive law and to ensure that it is carried out. . . . The provisions of this Code must be interpreted . . . so far as possible, in such a way as to facilitate rather than to delay or to end prematurely the normal advancement of cases.

It is with these principles in mind that one must determine whether the *Code of Civil Procedure* provides a mechanism whereby pre-trial access to medical records held by third parties to a litigation may be granted. It is the appellant's contention that art. 402 C.C.P., grants courts the power to order such access.

The purpose of art. 402 C.C.P., according to the Commissioners, is to facilitate the administration of justice in the spirit of the new Code (at p. 79a):

These texts [arts. 401 and 402] reproduce in substance Article 289 C.C.P. and are intended to provide for the production in the record, even before the trial, of any document of interest to the case which is in the possession of one of the parties or even of a third party. The suggested provision makes it possible to summon one of the parties for this purpose without prior permission, but subjects the summoning of a third party to the prior authorization of the court which will be in a position to decide any objections raised. [Emphasis added.]

As Baudouin J.A. correctly reminds us at p. 66 of his reasons, art. 402 C.C.P. has been construed as the proper procedure for requesting access to medical records in possession of third parties:

[TRANSLATION] It is now settled law that the disclosure of medical records is not limited solely to the two cases mentioned in art. 400. Article 402 C.C.P. is located in Subsection 3 of Section 2 of Chapter III, entitled "*Production of Documents*", a section which is general in

dural plus expéditif en vue de la ramener à son véritable rôle «d'auxiliaire du droit substantiel» (Québec, Assemblée législative du Québec, *Bill 20: Code de procédure civile* (1965), observations générales des commissaires aux pp. I à VIa). Dans cet esprit, on a ajouté ou modifié plusieurs dispositions afin de favoriser une divulgence complète et hâtive des éléments de preuve. En fait, l'art. 2 du Code énonce expressément comment ces règles doivent s'interpréter:

2. Les règles de procédure édictées par ce code sont destinées à faire apparaître le droit et en assurer la sanction [. . .] Ces dispositions doivent s'interpréter [. . .] autant que possible, de manière à faciliter la marche normale des procès, plutôt qu'à la retarder ou à y mettre fin prématurément.

C'est en gardant ces principes à l'esprit que l'on doit se demander si le *Code de procédure civile* prescrit un mécanisme qui permet l'accès préliminaire aux dossiers médicaux détenus par des tiers. L'appelante prétend que l'art. 402 C.p.c. accorde aux tribunaux le pouvoir d'ordonner cet accès.

Selon les commissaires, l'art. 402 C.p.c. vise à faciliter l'administration de la justice conformément à l'esprit du nouveau Code (à la p. 79a):

Ces textes [les art. 401 et 402] reproduisent la substance de l'article 289 C.P. et visent à assurer la production au dossier, même avant l'enquête, de tout document, intéressant le litige, qui se trouverait entre les mains d'une partie ou même d'un tiers. La disposition suggérée permet d'assigner une partie, à cette fin, sans autorisation, mais soumet l'assignation d'un tiers à une autorisation préalable du tribunal, qui sera à même de juger des objections soulevées, le cas échéant. [Je souligne.]

Comme nous le rappelle à juste titre le juge Baudouin, à la p. 66 de ses motifs, l'art. 402 C.p.c. a été interprété comme le véhicule procédural approprié pour demander l'accès aux dossiers médicaux détenus par des tiers:

Notre jurisprudence est maintenant à l'effet que la communication des dossiers médicaux n'est pas limitée aux deux seules hypothèses prévues à l'article 400. L'article 402 C.P. est en effet placé dans la sous-section 3 de la section 2 du chapitre III, intitulé «*De la production de*

scope as compared with subsection 2, containing art. 400 C.C.P., which deals specifically with preliminary medical examinations. As Louise Mailhot J.A. noted in *Succession de Rousseau, supra*:

Article 402 is a more general article concerning the production of all kinds of documents and the legislature has not limited its scope in matters involving medical records to medical examinations provided for in art. 399 C.C.P. and the medical record in art. 400 C.C.P.

Our courts have also held that there is nothing to prevent a medical or hospital record being a document in itself within the meaning of art. 402, provided that it meets other criteria of eligibility

While, therefore, art. 402 C.C.P. is the proper procedural vehicle for obtaining disclosure of this kind of document, this does not mean that such disclosure can and must be given in every case. It is up to the judge to ensure that the document discloses facts relating to the issues which can be evidence between the parties. [Emphasis added.]

While courts have had no difficulty agreeing that art. 402 C.C.P. confers upon them a wide discretionary power to order third parties to communicate their medical records, once the question of their disclosure has been settled, there seems to have been much less consensus on the criteria to be applied in the exercise of this discretion, or the scope and time at which such communication may be given.

A review of the jurisprudence relating to art. 402 C.C.P. reveals that requests for access to medical records almost always originate from three classes of cases: (1) actions arising out of bodily injuries; (2) actions arising out of medical malpractice; and (3) actions based on life (or sometimes health) insurance policies where the deceased's representations about his or her health were involved. (One leading case in Quebec was concerned with a testamentary action in which the testator's mental capacity was in dispute (*Cordeau v. Cordeau, supra*.) A close analysis of these three major classes of cases reveals that, in general, in

documents», section à portée générale par rapport à la sous-section 2 où se trouve l'article 400 C.P., traitant spécifiquement de l'examen médical préalable. Comme le notait l'honorable Louise Mailhot dans l'affaire *Succession de Rousseau*, précitée:

L'article 402 est un article plus général qui vise la production de toutes sortes de documents et le législateur n'en a pas limité la portée en matière de dossier médical au seul examen médical prévu à l'article 399 C.P. et au dossier médical de l'article 400 C.P.

Notre jurisprudence est également à l'effet que rien ne s'oppose à ce qu'un dossier médical ou hospitalier puisse être en soi un document au sens de l'article 402, pourvu que, par ailleurs, il rencontre les autres critères d'admissibilité . . .

Si donc l'article 402 C.P. est le bon véhicule procédural pour obtenir communication de ce genre de documents, on ne doit pas en déduire pour autant qu'une telle communication peut et doit être donnée dans tous les cas. C'est au juge qu'il appartient de s'assurer que ce document révèle des faits se rapportant au litige et pouvant faire preuve entre les parties. [Je souligne.]

Même si les tribunaux reconnaissent sans problème que l'art. 402 C.p.c. leur confère un vaste pouvoir discrétionnaire d'ordonner à des tiers de communiquer les dossiers médicaux qui sont en leur possession, il semble qu'une fois réglée la question de leur divulgation, il y ait eu beaucoup moins d'unanimité sur les critères qui doivent régir l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ou sur l'étendue ou le moment de cette communication.

Il ressort de l'examen de la jurisprudence relative à l'art. 402 C.p.c. que les demandes d'accès aux dossiers médicaux se situent presque toujours dans trois catégories d'actions: (1) les actions intentées à la suite de lésions corporelles, (2) les actions en responsabilité médicale, et (3) les actions fondées sur des polices d'assurance-vie (ou parfois d'assurance-maladie) dans lesquelles sont en cause les déclarations du défunt sur son état de santé. (Un arrêt de principe au Québec porte sur une action de nature testamentaire dans laquelle on contestait la capacité mentale du testateur (*Cordeau c. Cordeau*, précité.) Il ressort d'une analyse

personal injury cases, requests for access to medical records under art. 402 *C.C.P.* have been granted with great consistency. The courts have had more difficulty, however, in determining the scope of information to which a petitioner should be granted access. While motions for release of records of accidents and subsequent medical treatments have generally been granted, the courts have steadfastly refused to allow pre-trial access to pre-injury records not relevant to the issue of liability, even though they may be relevant to the evaluation of damages. When that situation occurs, the courts have tended to defer to the trial judge (see, for example, *Audet v. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield*, [1974] R.P. 236 (C.A.)). Hence, only where pre-injury records are relevant to the issue of liability itself, will the courts generally allow pre-trial access to these records (see, for example, *Lindsay v. Henri Laflamme Inc.*, J.E. 89-760 (Sup. Ct.); *Rothpan v. 123870 Canada Inc.*, J.E. 89-1111 (Sup. Ct.)).

In medical malpractice cases, courts have again consistently granted defendants access to the medical records of plaintiffs, holding that when a plaintiff places his or her physical or mental well-being in issue, he or she implicitly waives his or her right to privacy and confidentiality of medical records (Alain Bernardot and Robert P. Kouri, *La responsabilité civile médicale* (1980), at p. 159). An additional reason often cited by the courts for granting defendants access to the medical records of plaintiffs is the right of a defendant to a full and complete defence linked with the principle that evidential privilege not be invoked to impede the judicial process (see, for example, *Coffey v. Tran*, J.E. 91-223 (C.A.); *Goulet v. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Paillé v. Lorcon*, *supra*). Pre-trial access to the records is usually allowed in order to give the defendant the opportunity to prepare a full defence (see *Goulet*, *supra*). Finally, the scope of access to the records has been usually limited to

approfondie de la jurisprudence relative à ces trois grandes catégories d'actions que, dans les actions pour lésions corporelles, on fait généralement droit aux demandes d'accès aux dossiers médicaux sous le régime de l'art. 402 *C.p.c.*. Toutefois, les tribunaux ont plus de difficulté à déterminer l'étendue des renseignements auxquels le requérant devrait avoir accès. Bien que l'on ait généralement fait droit aux demandes de divulgation de dossiers dans le cas d'accidents et de traitements médicaux subséquents, les tribunaux ont refusé catégoriquement d'autoriser l'accès préliminaire aux dossiers médicaux antérieurs aux blessures subies, qui ne se rapportent pas à la question de la responsabilité, quoiqu'ils puissent être pertinents en matière d'évaluation des dommages-intérêts. Le cas échéant, les tribunaux ont eu tendance à s'en remettre au juge du procès (voir, par exemple, *Audet c. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield*, [1974] R.P. 236 (C.A.)). En conséquence, les tribunaux accorderont généralement l'accès préliminaire aux dossiers médicaux antérieurs aux blessures subies seulement dans les cas où ces dossiers se rapportent à la question même de la responsabilité (voir, par exemple, *Lindsay c. Henri Laflamme Inc.*, J.E. 89-760 (C.S.); *Rothpan c. 123870 Canada Inc.*, J.E. 89-1111 (C.S.)).

Dans les cas d'actions en responsabilité médicale, les tribunaux ont aussi constamment accordé aux défendeurs l'accès aux dossiers médicaux des demandeurs, statuant que le demandeur qui met en cause sa capacité physique ou mentale renonce implicitement à son droit au respect de sa vie privée et à la confidentialité de ses dossiers médicaux (Alain Bernardot et Robert P. Kouri, *La responsabilité civile médicale* (1980), à la p. 159). Une autre raison souvent invoquée lorsque les tribunaux permettent aux défendeurs d'avoir accès aux dossiers médicaux des demandeurs, est le droit du défendeur à une défense pleine et entière et le principe en vertu duquel l'existence d'un privilège relatif à la preuve ne saurait être invoquée pour entraver le processus judiciaire (voir, par exemple, *Coffey c. Tran*, J.E. 91-223 (C.A.); *Goulet c. Lussier*, [1989] R.J.Q. 2085 (C.A.); *Paillé c. Lorcon*, *précité*). On autorise habituellement l'accès préliminaire aux dossiers afin d'assurer au défendeur

that which is directly related to the issue in litigation (see *Coffey, supra*).

As for cases involving insurance policies, again the courts have allowed access to the medical records of the insured, in principle so that medical secrecy not be used as a cover for fraudulent acts. Like in malpractice cases, medical records in insurance cases also relate directly to the central issue: the validity of the contract which is itself dependent on the faithful disclosure of past health status—a matter of public order under the *Civil Code* (see, for example, *Taxi Newman Lafleur v. Cie d'assurances Provinces-Unies*, [1991] R.R.A. 411 (Sup. Ct.) (on appeal); *Impériale (L'), Cie d'assurance-vie v. Succession de Roy*, [1990] R.J.Q. 2468 (C.A.); and *Robitaille v. Cie d'assurance C.N.A.*, J.E. 79-565 (Sup. Ct.)).

Even though in health and life insurance cases, the question of the health of the insured is directly in issue, courts have usually held that an implicit waiver of the right to confidentiality may not be inferred in these cases contrary to the position in malpractice actions. In one decision, however, the Court of Appeal did infer such a waiver. In *Laprise v. Bonneau*, [1985] C.A. 9, speaking for the court, Jacques J.A. stated at p. 12:

[TRANSLATION] . . . the fact of mentioning his physical condition in a court is, in the absence of indications to the contrary which are not present here, implicit authorization to disclose the appellant's medical records provided that the contents of the record are only admitted in evidence in accordance with the usual rules of relevance and causation.

This judgment, however, appears to be the only reported insurance case in Quebec where a court has held that a waiver may be implied and it

une défense pleine et entière (voir *Goulet*, précité). Enfin, l'accès est généralement limité aux dossiers qui se rapportent directement à la question en litige (voir *Coffey*, précité).

a

En ce qui concerne les actions fondées sur des polices d'assurance, les tribunaux ont également permis l'accès aux dossiers médicaux de l'assuré, en principe pour que le secret professionnel des médecins ne puisse servir à cacher des actes frauduleux. Comme dans le cas des actions en responsabilité professionnelle, les dossiers médicaux, en matière d'assurance, doivent aussi se rapporter directement à la principale question en litige: la validité du contrat qui elle-même dépend de la divulgation exacte de l'état de santé antérieur—une question d'ordre public en vertu du *Code civil* (voir, par exemple, *Taxi Newman Lafleur c. Cie d'assurances Provinces-Unies*, [1991] R.R.A. 411 (C.S.) (en appel), *Impériale (L'), Cie d'assurance-vie c. Succession de Roy*, [1990] R.J.Q. 2468 (C.A.), et *Robitaille c. Cie d'assurance C.N.A.*, J.E. 79-565 (C.S.)).

e

Même si, dans les affaires d'assurance-maladie et d'assurance-vie, la question de l'état de santé de l'assuré est directement soulevée, les tribunaux ont habituellement statué que, dans ces cas, l'on ne saurait conclure à l'existence d'une renonciation implicite au droit à la confidentialité, contrairement à ce qui est le cas dans des actions en responsabilité professionnelle. Toutefois, un arrêt de la Cour d'appel a conclu à l'existence d'une telle renonciation. Dans l'arrêt *Laprise c. Bonneau*, [1985] C.A. 9, le juge Jacques affirme, au nom de la cour, à la p. 12:

h

. . . le fait d'invoquer son état physique devant un tribunal constitue, en l'absence d'indications contraires qui ne sont pas ici présentes, une autorisation implicite de donner communication des dossiers médicaux de l'appellant sous la réserve que les composantes du dossier ne soient admises en preuve que suivant les règles usuelles de la pertinence et de la causalité.

i

Toutefois, parmi les décisions publiées en matière d'assurance au Québec, cette décision paraît être la seule où un tribunal a décidé qu'une renonciation

j

should be pointed out that it involved a disability insurance claim.

The difficulty of extending the implicit waiver principle to life insurance claims can perhaps be better understood if one takes the view, such as the one held by the majority of the Court of Appeal in the present case, that a waiver of the right to confidentiality must be interpreted restrictively, especially when dealing with a waiver for the future. In my view, if we are to accept that, in malpractice cases, an implicit waiver may automatically be inferred, it seems only logical that, in life or health insurance cases, where the physical or mental integrity of the insured is an equally important issue, the concept of implicit waiver should apply equally. Indeed such a view was proposed by Alastair M. Watt in "Le secret professionnel" (1945), 5 *R. du B.* 189, at pp. 195-96:

Life insurance policies are issued on the strength of the assured's statements regarding his health and his previous medical history. The validity of the contract and the company's obligation to pay depend on the truth and accuracy of these statements, so that the assured's physical condition and all connected with it are matters of contract between him and his insurer. As against the insurer who is being asked to pay, there can be no secrecy, it would seem, about anything relating to the truth or falsity of the representations upon which the policy was issued. The contract of insurance itself is a waiver of the privilege so far as the insurance company is concerned; and the plaintiff by suing on the policy and thus reaffirming the truth of the statements in the application, puts all these facts in issue and thus implicitly waives the privilege once again. [Emphasis added.]

While the preceding comments were also made in the context of an invalidity or health insurance claim, there is no reason not to extend its reasoning to claims relating to life insurance indemnities. The problem of the personal nature of the right to confidentiality in life insurance cases may be solved if the waiver is deemed to have been made

peut être implicite, et je souligne qu'il était question, dans cette affaire, d'une réclamation relative à une assurance-invalidité.

La difficulté que pose l'extension du principe de la renonciation implicite aux réclamations en matière d'assurance-vie peut peut-être mieux se comprendre si l'on adopte, comme l'a fait la Cour d'appel à la majorité en l'espèce, le point de vue que la renonciation au droit à la confidentialité doit être interprétée restrictivement, spécialement lorsqu'il est question d'une renonciation pour l'avenir. À mon avis, si l'on doit accepter que, dans les actions en responsabilité professionnelle, l'on puisse automatiquement conclure à l'existence d'une renonciation implicite, il semble tout à fait logique que le concept de la renonciation implicite doive s'appliquer également dans les affaires d'assurance-vie ou d'assurance-maladie où l'intégrité physique ou mentale de l'assuré est tout aussi important. En fait, ce point de vue a été proposé par Alastair M. Watt dans «Le secret professionnel» (1945), 5 *R. du B.* 189, aux pp. 195 et 196:

[TRADUCTION] Les polices d'assurance-vie sont émises sur la foi des déclarations de l'assuré concernant son état de santé et ses antécédents médicaux. La validité du contrat et l'obligation de payer de la compagnie dépendent de la véracité et de l'exactitude de ces déclarations, de sorte que la condition physique et tout ce qui s'y rapporte font l'objet du contrat entre l'assuré et son assureur. À l'égard de l'assureur à qui on demande de payer, il ne peut exister de secret, semblerait-il, en ce qui concerne la véracité ou la fausseté des déclarations sur la foi desquelles la police a été émise. Le contrat d'assurance lui-même est une renonciation au privilège pour ce qui est de la compagnie d'assurances elle-même; le demandeur, en intentant une poursuite relative à l'exécution de la police et en réaffirmant la véracité des déclarations figurant dans la demande, met tous ces faits en cause et renonce implicitement encore une fois au privilège. [Je souligne.]

Bien que les commentaires qui précèdent aient été faits dans le contexte d'une réclamation en matière d'assurance-invalidité ou d'assurance-maladie, rien n'empêche d'appliquer ce raisonnement aux réclamations d'indemnités d'assurance-vie. Le problème de la nature personnelle du droit à la confidentialité dans les affaires d'assurance-

at the time of formation, perhaps as one of the implicit obligations of the contract. In the common law context, Wigmore in *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), at p. 854, expressed the view that:

A contract of life or accident insurance, entitling the promisee on certain facts of bodily condition to receive a money payment, ought to be deemed in itself an implied waiver by both parties because otherwise it leaves the prospects of proof for both parties a mere gamble. [Emphasis added; italics in original.]

I suggest that such a construction is entirely compatible with the precepts of the *Civil Code*.

From this review of cases relating to requests for access to medical records under art. 402 C.C.P., the following propositions emerge. In the absence of an express or implied waiver, or a legislative provision allowing direct access, or when, in spite of such valid waiver or provision, access is denied by a health care facility, a party may request an order of the court, directed against that facility, in order to gain access to the records needed, based on art. 402 C.C.P. In the case of an unjustified denial of access, such as where a valid waiver was made or a legislative provision exists which allows access, courts must compel the establishment to respect the terms of the waiver or the legislative provision. Otherwise, judges must exercise their discretion under art. 402 C.C.P. according to the degree of relevance and importance of the information sought relative to the issue between the parties. In exercising that discretion, a court must weigh the diverse interests in conflict. The questions of whether access will be granted at all, the scope of that access and timing of that access all depend on their relevance (“*rattachement et pertinence*”, see *Goulet, Coffey and Laprise, supra*) to the question in issue. Access to the information sought becomes inextricably linked to one’s ability to prepare a full defence. Accordingly, a judge will be greatly inclined to allow access to medical records where the state of health of the holder of the privilege is the central

vie peut être résolu si la renonciation est réputée faite au moment de la formation du contrat, peut-être comme l’une des obligations implicites de celui-ci. Dans le contexte de la common law, Wigmore, dans *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8 (McNaughton rev. 1961), à la p. 854, exprime l’opinion suivante:

[TRADUCTION] Un contrat d’assurance-vie ou d’assurance contre les accidents, qui habilite le créancier de l’engagement, lorsque se réalisent certains faits quant à sa condition physique, à recevoir une somme d’argent, devrait être réputé constituer en soi une renonciation implicite de la part des deux parties car autrement les perspectives de preuve pour les deux parties relèveraient de la pure chance. [Je souligne.]

J’estime que cette interprétation est entièrement compatible avec les préceptes du *Code civil*.

On peut dégager les propositions suivantes de l’analyse de la jurisprudence relative aux demandes d’accès aux dossiers médicaux en vertu de l’art. 402 C.p.c.. S’il n’existe pas de renonciation expresse ou implicite ou de disposition législative autorisant l’accès direct ou si, malgré l’existence d’une renonciation valide ou d’une disposition législative, l’établissement de santé refuse l’accès aux dossiers médicaux, une partie peut, en vertu de l’art. 402 C.p.c., demander au tribunal d’ordonner à cet établissement de permettre l’accès aux dossiers requis. Dans le cas d’un refus injustifié d’accès aux dossiers médicaux, notamment en présence d’une renonciation valide ou d’une disposition législative autorisant cet accès, le tribunal doit forcer l’établissement à respecter les termes de la renonciation ou de la disposition législative. Dans les autres cas, le juge doit exercer le pouvoir discrétionnaire dont il jouit en vertu de l’art. 402 C.p.c. en fonction du degré de pertinence et de l’importance des renseignements sollicités par rapport à la question en litige. Dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit soupeser les divers intérêts qui s’opposent. Les questions de savoir si l’accès sera permis, quelle en sera la portée et quand il sera autorisé dépendent toutes de la pertinence («*rattachement et pertinence*», voir *Goulet, Coffey et Laprise, précités*) des renseignements par rapport à la question en litige. L’accès aux renseignements sollicités

issue of the case and where there are no other means for a party to prove his case. It is the judge's task to weigh these factors in the pursuit of an efficient and healthy administration of justice while at the same time ensuring the protection of the right of privacy and confidentiality of an individual against fishing expeditions. Article 402 C.C.P. allows the courts the discretion to balance the interests of justice against the rights of the individual. In each case, the result will depend on the particular circumstances involved.

Given the above, I am compelled to conclude that, in the present case, even if there had been no waiver of the right to confidentiality, or had the waiver not been applicable to the investigation into the cause of death of the insured, the appellant insurer was entitled to have access to the medical records sought by a court order under art. 402 C.C.P. and access to those records has been wrongfully refused. The cause of the death of the insured is indeed the central issue of this case, triggering the operation of art. 402 in favour of the appellant. Moreover, no other evidence of the appellant's contentions of suicide or death by fatal reaction to drugs is available as no chemical test could be performed on the insured's body to detect traces of alcohol or drugs. Indeed, much of the information gathered from other sources alluded to the possibility of suicide or fatal reaction to drugs. However, none of these records provide the best evidence (art. 1204 C.C.L.C.) or pertain more directly to the cause of death of the insured than do the records of Hôpital Jean-Talon where the insured had apparently been treated soon before his disappearance. As pointed out by counsel for the appellant at trial, the coroner's conclusion that the probable cause of death was asphyxiation by drowning is of negligible value to the issue of accidental death as the immediate cause of death of any drowning victim is always asphyxiation. Thus, this information is in no way helpful in determin-

devient inextricablement lié à la capacité de préparer une défense pleine et entière. En conséquence, un juge sera fortement enclin à permettre l'accès aux dossiers médicaux dans les cas où l'état de santé du titulaire du privilège constitue la principale question en litige et où il n'existe pas d'autres moyens pour une partie de prouver ses prétentions. Il appartient au juge, dans la recherche d'une administration saine et efficace de la justice, de soupeser ces facteurs et d'assurer en même temps la protection du droit d'une personne au respect de sa vie privée et à la confidentialité contre les expéditions de pêche. L'article 402 C.p.c. confère aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de soupeser les intérêts de la justice au regard des droits d'un particulier. Le résultat dépendra des circonstances particulières de chaque cas.

Compte tenu de ce qui précède, je me dois de conclure qu'en l'espèce, d'une part, même s'il n'y avait pas eu de renonciation au droit à la confidentialité ou même si cette renonciation n'avait pas été applicable à l'enquête sur la cause du décès de l'assuré, l'assureur appelant avait un droit d'accès aux dossiers médicaux sollicités sur l'ordre d'un tribunal en vertu de l'art. 402 C.p.c. et, d'autre part, que c'est à tort que l'accès à ces dossiers lui a été refusé. La cause du décès de l'assuré constitue véritablement la question centrale du litige ici, ce qui a pour effet de déclencher l'application de l'art. 402 en faveur de l'appelante. De plus, l'appelante n'a pas d'autre moyen de faire la preuve du suicide ou de la réaction mortelle à des drogues puisqu'aucun test chimique n'a pu être effectué aux fins de déceler dans le corps de l'assuré des traces d'alcool ou de drogues. Malgré qu'une bonne partie des renseignements émanant d'autres sources se rapportent à la possibilité d'un suicide ou d'une réaction mortelle à des drogues, aucun de ces dossiers n'apporte cependant la meilleure preuve (art. 1204 C.c.B.-C.) ni ne se rapporte plus directement à la cause du décès de l'assuré que les dossiers de l'Hôpital Jean-Talon où l'assuré aurait été apparemment traité peu avant sa disparition. Comme l'a indiqué le procureur de l'appelante au procès, la conclusion du coroner que la cause probable du décès a été l'asphyxie par noyade est peu probante lorsqu'il s'agit d'un décès accidentel

ing whether the death was self-induced or truly an accident. As for the scope of access, I find the complete records of the insured held by Hôpital Jean-Talon to be relevant and would therefore agree that access to them should be given to the appellant. The concerns expressed by the members of the Court of Appeal—that access to the complete medical records of the insured would constitute an unjustified intrusion into his private life—are here, in my view, misplaced. The complete records of the *mis en cause* relating to the insured covered only a brief period of his life, dating only from 1985 to 1986, the year preceding his death. The nature of the claim puts into question a whole series of events which may have led to the questionable cause of death and renders these medical records crucial to the issue being litigated. In these circumstances, access to these records surely does not constitute a fishing expedition.

4. *A Comparative Look at the Common Law in Canada*

Since insurance companies operate in all ten Canadian provinces and forms used for authorizing the release of medical information being generally similar, it is interesting to see how access to medical records relating to an insured, amongst others, in the possession of a third party to a litigation are treated in other provinces. Interestingly, the position I have set out in Quebec accords closely with that in the common law jurisdictions.

English and Canadian common law courts have traditionally refused to recognize an evidentiary privilege for physician-patient communications and hospital records, although there is now a trend towards protection of medical information received in the context of psychiatric or marital counselling (John Sopinka and Sidney N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), at pp. 206-9; Wigmore, *supra*, c. 86; and Bartha Knoppers, "Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis" (1982), 12 *R.D.U.S.* 395, at p. 401). This is pre-

puisque la cause immédiate du décès par noyade est toujours l'asphyxie. En conséquence, ce renseignement n'est d'aucune utilité pour déterminer si le décès a été provoqué par la victime ou est accidentel. En ce qui concerne la portée de la communication, j'estime que les dossiers complets de l'assuré en la possession de l'Hôpital Jean-Talon sont pertinents et il y a donc lieu de permettre à l'appellante d'avoir accès à ces dossiers. Les préoccupations exprimées par les juges de la Cour d'appel—soit que l'accès aux dossiers médicaux complets de l'assuré constituerait une intrusion injustifiée dans sa vie privée—sont, à mon avis, injustifiées. Les dossiers complets que le *mis en cause* possède au sujet de l'assuré ne visent qu'une brève période de sa vie, soit entre 1985 et 1986, l'année antérieure à son décès. La nature de la réclamation met en question toute une série d'événements qui peuvent avoir entraîné la cause suspecte du décès de l'assuré et fait des dossiers médicaux un élément crucial pour trancher la question en litige. Dans ces circonstances, l'accès à ces dossiers ne constitue sûrement pas une expédition de pêche.

4. *Analyse comparative de la common law au Canada*

Puisque les compagnies d'assurances opèrent dans les dix provinces canadiennes et que les formules d'autorisation de communication des dossiers médicaux sont généralement similaires, il est intéressant de voir comment les autres provinces traitent l'accès aux dossiers médicaux d'un assuré en la possession d'un tiers. On constate que la position au Québec se rapproche étroitement de celle qui existe dans les provinces de common law.

En Angleterre et au Canada, les tribunaux de common law ont traditionnellement refusé de reconnaître, en ce qui a trait aux communications entre un médecin et son patient et les dossiers hospitaliers, un privilège relatif à la preuve; toutefois, il existe actuellement une tendance vers la protection des renseignements de nature médicale reçus dans le contexte de consultations psychiatriques ou matrimoniales (John Sopinka et Sidney N. Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), aux pp. 206 à 209, Wigmore, *op. cit.*, ch. 86, et Bartha Knoppers, «Confidentiality and Accessibi-

mised on the strong protection common law courts have traditionally accorded the administration of justice and the adversarial justice system. Picard J., in *Hay v. University of Alberta Hospital* (1990), 69 D.L.R. (4th) 755 (Alta. Q.B.), at pp. 757-58, describes as follows the status of the right of confidentiality and the question of litigation privilege in the context of a malpractice suit in the common law jurisdictions:

The issue requires a consideration of the position of a treating physician who will be called as a witness in a lawsuit. The fact that such a person is both a physician and a witness raises legal principles that may seem to conflict. The physician-patient relationship is clothed with confidentiality, a right which may be waived by the patient. Confidentiality is an important attribute of the physician-patient relationship, essential in promoting open communication between physician and patient. The patient may expressly waive this right or, by his actions, be found to have impliedly waived it. Alternatively, an overriding public interest or a statutory direction may justify a physician disclosing information about the patient. In the absence of such circumstances, the right remains and a physician who divulges confidential information could face an action for breach of confidentiality, a possibility which obviously causes physicians some concern.

However, once in the witness-box, a physician is like any other witness and cannot claim privilege, that is to say he is compellable to testify about matters involving the patient even in the absence of the patient's consent. An exception arises where privilege may be asserted on the basis of solicitor-client privilege but that is not the case here. Thus, in court, a physician must testify if asked about matters which would have been protected by the patient's right to confidentiality at an earlier time.

In the pre-trial stage, if the right to confidentiality is removed, the physician is in the position of any other witness and may be contacted without the requirement of consent of the party who will be calling him. [Emphasis added.]

lity of Medical Information: A Comparative Analysis» (1982), 12 *R.D.U.S.* 395, à la p. 401). Cette position se fonde sur la grande protection que les tribunaux de common law ont traditionnellement accordée à l'administration de la justice et au système de justice accusatoire. Le juge Picard, dans l'arrêt *Hay c. University of Alberta Hospital* (1990), 69 D.L.R. (4th) 755 (B.R. Alb.), aux pp. 757 et 758, décrit ainsi la situation du droit à la confidentialité ainsi que la question du privilège relatif au litige dans le contexte d'une poursuite en responsabilité professionnelle dans les provinces de common law:

[TRADUCTION] La question nécessite un examen de la situation d'un médecin traitant qui sera appelé à témoigner dans une poursuite. Le fait que cette personne est à la fois médecin et témoin soulève des principes juridiques qui peuvent sembler en conflit. La relation entre un médecin et son patient est confidentielle, mais le patient peut renoncer à son droit à la confidentialité. En effet, la confidentialité constitue un attribut important de la relation entre un médecin et son patient, un attribut essentiel pour favoriser une communication franche entre le médecin et son patient. Le patient peut expressément renoncer à ce droit ou on peut juger qu'il l'a fait implicitement d'après les actes qu'il a accomplis. Subsidièrement, l'existence d'un intérêt public supérieur ou d'une directive législative peut justifier un médecin de divulguer des renseignements sur son patient. En l'absence de ces circonstances, le droit demeure et le médecin qui divulgue des renseignements confidentiels pourrait faire l'objet d'une poursuite pour violation du caractère confidentiel, une possibilité qui suscite manifestement certaines préoccupations chez les médecins.

Toutefois, le médecin, qui se trouve à la barre, est comme un autre témoin et ne peut invoquer un privilège, c'est-à-dire qu'il peut être contraint de témoigner sur des questions concernant le patient même en l'absence du consentement du patient. Il existe une exception dans le cas où le privilège peut être invoqué sur la base du secret professionnel de l'avocat, mais ce n'est pas le cas ici. En conséquence, un médecin, qui est en cour, est tenu de témoigner lorsqu'on l'interroge sur des questions qui auraient été protégées par le droit à la confidentialité du patient à une époque antérieure.

À l'étape préliminaire, si l'on élimine le droit à la confidentialité, le médecin est dans la situation de tout autre témoin et il est possible de communiquer avec lui sans avoir à obtenir le consentement de la partie qui l'assignera à témoigner. [Je souligne.]

In Canadian common law, the leading authority on the question of production of medical records in possession of third parties remains the unanimous Ontario Court of Appeal judgment in *Cook v. Ip* (1985), 52 O.R. 289. In that case, the plaintiff had instituted an action against the defendants for compensation for personal injury and loss of income as a result of a motor vehicle accident. The defendants were refused access to the medical records of the plaintiff in the possession of the Ontario Health and Insurance Plan (OHIP). Given the Ontario *Health Insurance Act's* provisions to the effect that the person administering the Act should preserve secrecy, OHIP claimed a litigation privilege against production of medical records and other documents in court proceedings. Cory J.A. (then of the Court of Appeal) rejected this claim and, speaking for the court, wrote at p. 292:

There can be no doubt that it is in the public interest to ensure that all relevant evidence is available to the court. This is essential if justice is to be done between the parties. Wherever damages are claimed for injuries suffered, a review of the medical records is of vital importance to a court's decision. [Emphasis added.]

At pages 292-93 he added:

No doubt medical records are private and confidential in nature. Nevertheless, when damages are sought for personal injuries, the medical condition of the plaintiff both before and after the accident is relevant. In this case, it is the very issue in question. The plaintiff himself has raised the issue and placed it before the court. In these circumstances there can no longer be any privacy or confidentiality attaching to the plaintiff's medical records.

There is inherent jurisdiction in the court to ensure that all relevant documents are before it. The court requires this jurisdiction in order to determine properly and fairly the issues between the parties. In *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479 . . . Rand J. . . at p. 482 . . . stated:

En common law canadienne, l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario *Cook c. Ip* (1985), 52 O.R. 289, demeure l'arrêt de principe sur la question de la production de dossiers médicaux en la possession de tiers. Dans cette affaire, le demandeur avait intenté contre les défendeurs une action en indemnisation pour lésions corporelles et perte de revenu à la suite d'un accident d'automobile. Les défendeurs avaient refusé l'accès aux dossiers médicaux du demandeur, qui se trouvaient en la possession du Régime d'assurance-maladie de l'Ontario (RAMO). En raison des dispositions de la *Loi sur l'assurance-maladie* de l'Ontario, qui prévoient que la personne chargée de l'administration de la Loi doit préserver le secret, le RAMO a invoqué l'existence d'un privilège relatif au litige pour refuser de produire les dossiers médicaux et d'autres documents dans le cadre de poursuites judiciaires. Le juge Cory (maintenant de notre Cour) a rejeté cette prétention et a écrit, au nom de la cour, à la p. 292:

[TRADUCTION] Il ne saurait y avoir de doute qu'il est dans l'intérêt public de veiller à ce que le tribunal ait accès à tous les éléments de preuve pertinents. Cela est essentiel si l'on veut que justice soit rendue entre les parties. Dans le cas où des dommages-intérêts sont réclamés pour des blessures subies, il est essentiel que le tribunal examine les dossiers médicaux pour rendre une décision. [Je souligne.]

Aux pages 292 et 293, il ajoute:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que les dossiers médicaux sont de nature privée et confidentielle. Néanmoins, lorsque des dommages-intérêts sont réclamés pour des lésions corporelles, l'état de santé du demandeur tant avant qu'après l'accident est pertinent. En l'espèce, il s'agit de la question en litige. Le demandeur a lui-même soulevé la question et l'a soumise au tribunal. Dans ces circonstances, il ne peut plus exister de secret professionnel ou de confidentialité se rattachant aux dossiers médicaux du demandeur.

Il est de la compétence inhérente du tribunal de s'assurer qu'il a entre les mains tous les documents pertinents. Le tribunal a besoin de cette compétence pour trancher d'une façon appropriée et équitable les litiges entre les parties. Dans l'arrêt *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479 [. . .] le juge Rand [. . .] affirme, à la p. 482:

... in a court of justice every person and every fact must be available to the execution of its supreme function. [Emphasis added.]

Cory J.A. agreed that settlement discussions are an additional reason for granting access to medical records at p. 292:

It is also important to the parties that they have early production of these documents. Settlement of disputes at an early date is of great benefit to the parties and to the judicial system. In order to make an informed, fair and just settlement, counsel for the parties must be in possession of all pertinent material. [Emphasis added.]

As for the concern relating to fishing expeditions into the privacy of individuals, Cory J.A. remarked at p. 296:

... it should be remembered that this decision will not lead to unnecessary and vexatious fishing expeditions as the court can supervise and control the procedures which must be undertaken to obtain production. This is provided by rule 30.10 of the present Rules of Civil Procedure and Rule 349 of the Rules of Practice.

Cases subsequent to *Cook* further refined the rule for determining the scope of information to which a petitioner may be granted access (i.e., the relevance of the information sought relative to the issue in question). Thus, the question of whether pre-injury records or the entire medical records should be released to petitioners in common law jurisdictions depends entirely on its relevance to the issue (see, for example, *Furlano v. Calarco* (1987), 60 O.R. (2d) 451 (Ont. H.C.), and *Tamssot v. Belgrano* (1987), 59 O.R. (2d) 57 (Master)).

Rules of procedure governing the pre-trial production of documents in the possession of third parties analogous to art. 402 C.C.P. have also been enacted in other Canadian provinces. In Ontario, for example, rule 30.10 of the Rules of Civil Pro-

... une cour de justice, dans l'exercice de sa fonction suprême, doit pouvoir faire appel à toute personne et avoir à sa disposition tous les faits. [Je souligne.]

Le juge Cory a aussi reconnu que les discussions relatives au règlement de différends constituent un motif supplémentaire d'accorder l'accès aux dossiers médicaux, à la p. 292:

[TRADUCTION] Il est également important pour les parties que ces documents soient produits hâtivement. Le règlement hâtif des différends présente un grand avantage tant pour les parties que pour le système judiciaire. Afin d'en arriver à un règlement éclairé, équitable et juste, les avocats des parties doivent être en possession de tous les documents pertinents. [Je souligne.]

En ce qui concerne la question des expéditions de pêche dans la vie privée des particuliers, le juge Cory fait remarquer, à la p. 296:

[TRADUCTION] ... il faut se rappeler que cette décision ne donnera pas lieu à des expéditions de pêche inutiles et ennuyeuses puisque le tribunal peut surveiller et contrôler la procédure à suivre pour obtenir la production de documents. C'est ce que prévoit la règle 30.10 des Règles de procédure civile actuelles et la règle 349 des Règles de pratique.

Dans des décisions qui ont suivi l'arrêt *Cook*, des précisions ont été apportées à cette règle pour déterminer l'étendue des renseignements auxquels un requérant peut avoir accès (c'est-à-dire la pertinence des renseignements sollicités par rapport à la question en litige). Ainsi, dans les provinces de common law, la question de savoir si ce sont les dossiers médicaux antérieurs aux blessures subies ou les dossiers médicaux complets qui doivent être divulgués aux requérants dépend entièrement de leur pertinence par rapport à la question en litige (voir, par exemple, les décisions *Furlano c. Calarco* (1987), 60 O.R. (2d) 451 (H.C. Ont.), et *Tamssot c. Belgrano* (1987), 59 O.R. (2d) 57 (protonotaire)).

D'autres provinces canadiennes ont également adopté des règles de procédure régissant la production préliminaire de documents en la possession d'un tiers, qui sont analogues à l'art. 402 C.p.c. Par exemple, en Ontario, la règle 30.10 des Règles de

cedure (referred to above by Cory J.A. in *Cook*) provides:

30.10(1) The court may, on motion by a party, order production for inspection of a document that is in the possession, control or power of a person not a party and is not privileged where the court is satisfied that,

(a) the document is relevant to a material issue in the action; and

(b) it would be unfair to require the moving party to proceed to trial without having discovery of the document.

. . .

(3) Where privilege is claimed for a document referred to in subrule (1), or where the court is uncertain of the relevance of or necessity for discovery of the document, the court may inspect the document to determine the issue.

Similarly, in British Columbia, rule 26(11) of the Supreme Court Rules provides:

Where a document is in the possession or control of a person who is not a party, the court, on notice to the person and all other parties, may order production and inspection of the document or preparation of a certified copy that may be used instead of the original.

The manner in which a court should exercise its discretion under rule 26(11) as well as the scope of information which may be communicated to an applicant was spoken to by the British Columbia Court of Appeal in *Dufault v. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199. The British Columbia Court of Appeal took an approach analogous to the one chosen in *Cook, supra*, by the Ontario Court of Appeal. Craig J.A. for the court held at pp. 203-5:

The intent of R. 26(11) is to provide any party to an action with the means of obtaining the production and inspection of a document if the applicant is able to satisfy the judge that the document contains information which may relate to a matter in issue. . . . A party applying for an order under R. 26(11) must satisfy the court that the application is not in the nature of a "fishing expedition": *Rhoades v. Occidental Life Ins. Co. of California* [[1973] 3 W.W.R. 625 (B.C.C.A.)]. He must

procédure civile (mentionnées par le juge Cory dans l'arrêt *Cook*) prévoit:

30.10(1) Le tribunal peut, à la suite de la motion d'une partie, ordonner la production, à des fins d'examen, d'un document non privilégié qui se trouve en la possession, sous le contrôle ou sous la garde d'un tiers s'il est convaincu:

a) que le document est pertinent à une question en litige importante dans l'action;

b) qu'il est injuste d'exiger que l'action soit instruite sans que le document soit communiqué à l'auteur de la motion au préalable.

. . .

(3) Si l'on invoque un privilège à l'égard d'un document visé au paragraphe (1) ou que le tribunal doute que sa communication soit pertinente ou nécessaire, le tribunal peut l'examiner afin de résoudre la question.

De même, en Colombie-Britannique, la règle 26(11) des Supreme Court Rules prévoit:

[TRADUCTION] Lorsqu'un document se trouve en la possession ou sous le contrôle d'un tiers, le tribunal peut, sur avis à cette personne et à toutes les autres parties, ordonner la production et l'inspection du document ou la préparation d'une copie certifiée conforme pouvant être utilisée au lieu de l'original.

La Cour d'appel de Colombie-Britannique a, dans l'arrêt *Dufault c. Stevens* (1978), 6 B.C.L.R. 199, précisé la façon dont un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de la règle 26(11) ainsi que l'étendue des renseignements qui peuvent être communiqués à un requérant. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a adopté un point de vue analogue à celui énoncé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cook*, précité. Le juge Craig, affirme, au nom de la cour, aux pp. 203 à 205:

[TRADUCTION] La règle 26(11) vise à fournir à une partie à une action le moyen d'obtenir la production et l'inspection d'un document si le requérant est en mesure de convaincre le juge que ce document renferme des renseignements qui peuvent se rapporter à une question en litige [. . .] Une partie qui demande une ordonnance en vertu de la règle 26(11) doit convaincre le tribunal que cette demande ne tient pas d'une «expédition de pêche»: *Rhoades c. Occidental Life Ins. Co. of Califor-*

show that a person who is not a party to the action has a "document" or "documents" in his possession which relate to a matter in issue. The comments of Brett L.J. in *Cie Financière du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55 at 63 (C.A.), as to what constitutes a document relating to a matter in question have been quoted by this court on several occasions.

"It seems to me that every document relates to the matters in question in the action, which not only would be evidence upon any issue, but also which, it is reasonable to suppose, contains information which may — not which must — either directly or indirectly enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary. . . ."

It follows from this that an applicant need not show that a document is admissible in evidence at the trial as the condition of his obtaining an order under this rule. If a party seeking the order is able to satisfy the judge that the document, or information in a document, may relate to a matter in issue, the judge should make the order unless there are compelling reasons why he should not make it, e.g., the document is privileged. . . .

Logically, there is no reason why an application under the rule relating to hospital records should not be dealt with on the same basis as an application relating to any other document. . . . The purpose of R. 26(11) is to provide a litigant with the means of ascertaining whether documents in the possession of a non-party — whether they be hospital records or any other type of documents — relate to an issue in the action. . . . [Emphasis added.]

The British Columbia Court of Appeal went on to develop a procedural mechanism which may form part of an order issued by the courts under rule 26(11) to determine whether privileged hospital records should be released to an applicant. This mechanism seeks to minimize any necessary conflict between the right of privacy and the administration of justice in an application for an order under rule 26(11) where a privilege is claimed with respect to hospital records (*Halliday v. McCulloch* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194 (C.A.)). Through this mechanism, the defendant is to be provided with all the relevant documents while the plaintiff's

nia [[1973] 3 W.W.R. 625 (C.A.C.-B.)]. Elle doit établir qu'un tiers a en sa possession un «document» ou des «documents» qui se rapportent à une question en litige. Les commentaires du lord juge Brett, dans l'arrêt *Cie Financière du Pacifique c. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55, à la p. 63 (C.A.), relativement à ce que constitue un document se rapportant à une question en litige, ont été cités par notre cour à maintes reprises.

«Il me semble que se rapporte aux questions en litige tout document qui constituerait non seulement un élément de preuve sur un point donné, mais qui renfermerait, est-il raisonnable de supposer, des renseignements qui peuvent — et non qui doivent — permettre directement ou indirectement à la partie qui demande l'affidavit de prouver ses prétentions ou d'attaquer celles de son adversaire . . .»

Il s'ensuit donc qu'un requérant n'a pas à établir qu'un document est admissible en preuve au procès pour obtenir du tribunal l'ordonnance en vertu de cette règle. Si la partie qui cherche à obtenir l'ordonnance est en mesure de convaincre le juge que le document ou les renseignements y contenus peuvent se rapporter à une question en litige, le juge devrait rendre l'ordonnance sauf s'il a de fortes raisons de croire qu'il ne devrait pas le faire, par exemple, dans le cas d'un document protégé . . .

En toute logique, il n'y a aucune raison pour laquelle une demande présentée en vertu de la règle applicable aux dossiers hospitaliers ne devrait pas être traitée de la même façon qu'une demande relative à tout autre document. [. . .] La règle 26(11) vise à offrir à une partie le moyen de déterminer si les documents en la possession d'un tiers — qu'il s'agisse de dossiers hospitaliers ou de tout autre genre de documents — se rapportent à une question en litige . . . [Je souligne.]

La Cour d'appel de Colombie-Britannique a ensuite conçu un mécanisme procédural qui peut faire partie d'une ordonnance rendue par les tribunaux en vertu de la règle 26(11) afin de déterminer si les dossiers hospitaliers privilégiés devraient être divulgués à un requérant. Ce mécanisme vise à minimiser tout conflit inhérent entre le droit au respect de la vie privée et l'administration de la justice lors d'une demande d'ordonnance fondée sur la règle 26(11), lorsqu'un privilège est invoqué relativement à des dossiers hospitaliers (*Halliday c. McCulloch* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194 (C.A.)). Grâce à ce mécanisme, le défendeur recevra com-

privilege is protected. This process also seeks to provide the defendant with the means of ensuring that he has the documents to which he is entitled (Beverley M. McLachlin and James P. Taylor, *British Columbia Practice* (2nd ed. 1991), vol. 1, at p. 26-142-150). The procedural mechanism outlined by the British Columbia Court of Appeal in *Halliday* is as follows (at pp. 198-99):

1. Any party who makes an application under R. 26(11) in relation to medical records should, with his notice of motion, serve a demand for discovery of documents on the patient-litigant whose records are sought, if such a demand has not already been made.

2. If the chambers judge decides that the case is one where an order under R. 26(11) should be granted, in relation to medical records, and if, on the application, the patient-litigant whose records are sought asserts a claim of litigation privilege, then the *Jones v. Nelson* [(1980), 24 B.C.L.R. 109 (C.A.)] form of order should be adapted, as contemplated by Seaton J.A., to the new circumstance of a claim of litigation privilege so that the order would require:

(a) the delivery by the hospital to the patient-litigant or his solicitor, within a prescribed number of days, with a covering letter, of the same number of complete sets of certified copies of all the required records as there are parties entitled to certified copies in accordance with the order;

(b) the delivery by the hospital, at the same time as the delivery mentioned in para. (a), of copies of the covering letter, but without any copies of the required records, to all the parties, other than the patient-litigant, who are entitled to certified copies of the records in accordance with the order;

(c) the compilation, from the required records, of a list of documents or supplementary list of documents, by the patient-litigant or his solicitor, in accordance with R. 26(1), (13) and Form 89, including:

(i) any claim that the patient-litigant may wish to make that a document is privileged from production, with a statement of the grounds of the privilege, and

(ii) any claim that a document should not be produced because it does not relate to any matter in question in

munication de tous les documents pertinents et le privilège du demandeur sera protégé. Ce processus vise également à fournir au défendeur le moyen d'assurer qu'il reçoive les documents auxquels il a droit (Beverley M. McLachlin et James P. Taylor, *British Columbia Practice* (2^e éd. 1991), vol. 1, à la p. 26-142-150). Voici le mécanisme procédural exposé par la Cour d'appel de Colombie-Britannique dans l'arrêt *Halliday* (aux pp. 198 et 199):

[TRADUCTION] 1. Une partie qui présente une demande de communication de dossiers médicaux, fondée sur la règle 26(11), doit, en même temps que son avis de requête, signifier une demande de communication de documents au patient-plaideur dont les dossiers sont sollicités, dans le cas où cette demande n'a pas déjà été faite.

2. Si le juge en chambre décide qu'il doit rendre une ordonnance en vertu de la règle 26(11), relativement aux dossiers médicaux et si, au moment de la demande, le patient-plaideur dont les dossiers sont sollicités revendique un privilège relatif au litige, la forme d'ordonnance prévue dans l'arrêt *Jones c. Nelson* [(1980), 24 B.C.L.R. 109 (C.A.)] devrait alors être adaptée, comme l'envisageait le juge Seaton, aux nouvelles circonstances d'une revendication de privilège relatif au litige pour que l'ordonnance prescrive:

a) la remise par l'hôpital au patient-plaideur ou à son avocat, à l'intérieur d'un certain délai, d'une lettre d'accompagnement et d'autant de séries complètes de copies certifiées de tous les dossiers requis qu'il y a de parties autorisées à les recevoir conformément à l'ordonnance;

b) la remise par l'hôpital, en même temps que la remise visée à l'al. a), de copies de la lettre d'accompagnement, mais sans copie des dossiers requis, à toutes les parties, autres que le patient-plaideur, qui sont autorisées à les recevoir conformément à l'ordonnance;

c) l'établissement, à partir des dossiers requis, d'une liste de documents ou d'une liste supplémentaire de documents, par le patient-plaideur ou son avocat, conformément aux règles 26(1) et (13) et à la formule 89, y compris:

(i) toute prétention que peut formuler le patient-plaideur relativement au fait qu'un document est privilégié ainsi qu'un énoncé des motifs du privilège, et

(ii) toute prétention qu'un document ne devrait pas être produit parce qu'il ne se rapporte pas à une question

the action within the meaning of the *Peruvian Guano* case [(1882), 11 Q.B.D. 55]; and

(d) the delivery by the patient-litigant or his solicitor, within a prescribed number of days (usually running from the receipt by either of them of the certified copies), to all parties entitled to certified copies of the required records in accordance with the order of:

(i) the list of documents,

(ii) where the chambers judge considers it desirable under R. 26(3), an affidavit verifying the list of documents, and

(iii) a set of the certified copies of all of the documents, other than any document for which the patient-litigant makes a claim of privilege, or for which a claim is made that the document does not relate to a matter in question in the action within the meaning of the *Peruvian Guano* case.

Thus, despite the apparent difference in the status of the right to non-disclosure of confidential information in Quebec relative to other Canadian provinces, residing mainly in the fact that, in Quebec, the evidentiary privilege associated with the right to confidentiality is recognized and receives statutory and quasi-constitutional protection, the common law courts have taken a remarkably similar approach to the problem of balancing an individual's right to privacy and the public interest in an efficient administration of justice, including the right to full and complete defence. The process, although more detailed, is also akin to the rules of procedure in force in Quebec. Courts in Quebec should perhaps consider the British Columbia procedural approach when faced with similar requests. Indeed, the *Code of Civil Procedure* is easily amenable to this way of proceeding as it confers on the courts an inherent jurisdiction to control their own process in such circumstances in order to allow them to determine properly and fairly the issues between the parties.

en litige au sens de l'affaire *Peruvian Guano* [(1882), 11 Q.B.D. 55]; et

d) la remise des documents ci-après par le patient-plaideur ou son avocat, à l'intérieur d'un certain délai (qui commence habituellement à s'écouler à compter de la réception par l'un d'eux des copies certifiées conformes), à toutes les parties ayant droit à des copies certifiées conformes des dossiers requis conformément à l'ordonnance:

(i) la liste des documents,

(ii) si le juge en chambre l'estime souhaitable en vertu de la règle 26(3), un affidavit confirmant l'authenticité de la liste des documents, et

(iii) une série de copies certifiées de tous les documents, autres que ceux pour lesquels le patient-plaideur revendique un privilège, ou ceux dont on prétend qu'ils ne se rapportent pas à une question en litige au sens où on l'entend dans l'affaire *Peruvian Guano*.

Ainsi, en ce qui concerne le droit à la non-divul-gation de renseignements confidentiels, bien qu'il existe une différence apparente entre la situation au Québec et celle dans les autres provinces canadiennes, tenant principalement au fait que le Québec reconnaît et accorde une protection législative et quasi constitutionnelle au privilège relatif à la preuve rattaché au droit à la confidentialité, les tribunaux de common law ont abordé de façon sensiblement similaire le problème de l'évaluation du droit du particulier au respect de sa vie privée par rapport à l'intérêt public dans l'administration efficace de la justice, y compris le droit à une défense pleine et entière. Le processus, quoique plus détaillé, ressemble également aux règles de procédure en vigueur au Québec. Les tribunaux du Québec auraient peut-être avantage à s'inspirer de la procédure adoptée en Colombie-Britannique lorsqu'ils sont saisis de demandes similaires. En effet, le *Code de procédure civile* pourrait facilement s'adapter à cette façon de procéder car il confère aux tribunaux la compétence inhérente de contrôler leur propre procédure dans de telles circonstances afin de leur permettre de trancher de façon appropriée et équitable les questions en litige.

Conclusion

A patient's right to the confidentiality of his medical records is a relative right which the patient may waive without restriction as to scope or time. The Quebec *Charter* as well as particular statutes permit access to medical records in certain circumstances which the procedural scheme embodied in the rules of the *Code of Civil Procedure* will facilitate when requested.

Here, the authorization signed by the insured at the time of application for life insurance clearly gave his insurer an unrestricted right of access to his medical records during his life or at his death, for the purpose of "risk assessment and loss analysis". Accordingly, the *mis en cause* hospital was not justified in refusing to give communication of such medical records and, given that authorization and the nature of the information sought under art. 402 *C.C.P.*, the Courts had no discretion but to grant the request.

Costs

I would now like to address the issue of costs. In its original motion for access to the records relating to the insured, held by the *mis en cause*, the issue of costs was treated by the appellant as follows: [TRANSLATION] "The WHOLE without costs against the respondents, unless they contest". The respondents were then Frenette (here, the respondent), Hôpital Jean-Talon (here, *mis en cause*) and the Régie de l'assurance-maladie du Québec. Before us as before the Court of Appeal, the motion was abandoned with respect to the Régie de l'assurance-maladie du Québec. In its "inscription in appeal" to the Quebec Court of Appeal, the appellant restricted its request to the respondent: [TRANSLATION] "To ORDER the plaintiff-respondent [here, respondent] to pay costs in both Courts".

Before this Court, the appellant's brief simply concludes: [TRANSLATION] "THE WHOLE with costs throughout". Whereas, both the *mis en cause* and the respondent were properly notified of the

Conclusion

Le droit du patient à la confidentialité de ses dossiers médicaux est un droit relatif auquel il peut renoncer sans réserve quant à la portée et au moment de cette renonciation. La *Charte* québécoise et des lois particulières permettent l'accès aux dossiers médicaux dans certaines circonstances et le régime procédural prévu dans les règles du *Code de procédure civile* facilitera cet accès lorsqu'est présentée une demande en ce sens.

En l'espèce, l'assuré a signé, au moment de la proposition d'assurance-vie, une autorisation qui donne clairement à l'assureur un droit d'accès illimité à ses dossiers médicaux pendant sa vie et à son décès, aux fins «d'appréciation des risques et d'étude des sinistres». En conséquence, l'hôpital mis en cause n'était pas justifié de refuser de communiquer ces dossiers médicaux et, compte tenu de l'autorisation et de la nature des renseignements sollicités en vertu de l'art. 402 *C.p.c.*, les tribunaux n'avaient d'autre alternative que d'accéder à la demande.

Les dépens

Je passe maintenant à la question des dépens. Dans sa demande initiale d'accès aux dossiers de l'assuré, détenus par le mis en cause, l'appelante concluait ainsi quant à la question des dépens: «Le TOUT sans frais contre les intimées, sauf en cas de contestation de leur part». Les intimés étaient Frenette (l'intimé en l'espèce), l'Hôpital Jean-Talon (ici mis en cause) et la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Devant notre Cour et devant la Cour d'appel du Québec, la requête a été abandonnée en ce qui concerne la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Dans son «inscription en appel» auprès de la Cour d'appel du Québec, la demande de l'appelante visait uniquement l'intimé: «CONDAMNER le demandeur-intimé [l'intimé en l'espèce] aux dépens dans les deux Cours».

Devant notre Cour, le mémoire de l'appelante conclut simplement: «LE TOUT, avec dépens dans toutes les cours». Bien que le mis en cause et l'intimé aient été régulièrement avisés des procédures

proceedings before this Court, the *mis en cause* neither filed a factum nor appeared at the hearing. It was the respondent who contested the appellant's right to have access to the medical records of Patrick Frenette in the possession of the *mis en cause*. Under such circumstances, the respondent must bear the costs throughout.

Disposition

For all the reasons given above, I would allow the appeal, quash the judgment of the Court of Appeal and order the *mis en cause*, Hôpital Jean-Talon, to provide the appellant with the requested access to the medical records relating to its insured according to the conclusions of the appellant's original motion:

[TRANSLATION] To ORDER the respondent, Hôpital Jean-Talon, to allow counsel for the defendant-applicant to examine the complete medical record of Patrick Frenette, including but without limiting the generality hereof, correspondence between physicians or hospitals, the various laboratory, expert or X-ray reports it has in its possession, by providing a copy of the said record at the expense of the defendant-applicant, the whole to be used for the sole purpose of establishing the cause of death of Patrick Frenette as regards the case at bar and be otherwise treated in confidence.

The whole with costs throughout against the respondent.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Lafleur Brown de Granpré Kronström, Montréal.

Solicitor for the respondent: Jacques Marquis, Montréal.

devant notre Cour, le mis en cause n'a ni produit de mémoire ni comparu à l'audience. C'est l'intimé qui a contesté le droit de l'appelante d'avoir accès aux dossiers médicaux de Patrick Frenette en la possession du mis en cause. Dans ces circonstances, c'est l'intimé qui doit assumer les dépens dans toutes les cours.

Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et d'ordonner au mis en cause, l'Hôpital Jean-Talon, de fournir à l'appelante l'accès demandé aux dossiers médicaux de son assuré, conformément aux conclusions de la requête initiale de l'appelante:

ORDONNER à l'intimée, Hôpital Jean-Talon, de donner communication aux procureurs de la défenderesse-requérante du dossier médical complet de Patrick Frenette, y inclus mais sans limiter la généralité des présentes, la correspondance entre médecins ou hôpitaux, les divers rapports de laboratoire, expertise ou radiographie qu'elle ou qu'il a en sa possession, en donnant copie dudit dossier aux frais de la défenderesse-requérante, le tout devant servir dans le seul but d'établir la cause du décès de Patrick Frenette aux fins du présent litige et être par ailleurs traité en confidence.

Le tout avec dépens contre l'intimé dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Lafleur Brown de Granpré Kronström, Montréal.

Procureur de l'intimé: Jacques Marquis, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Robert Fitzsimons Milne *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MILNE

File No.: 22161.

1991: November 4; 1992: March 26.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Theft — Conversion — Accused's company paid twice for same services — Accused aware that second cheque issued by mistake — Accused depositing second cheque in company's account and writing cheques to himself — Whether accused guilty of theft — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322(1).

The accused, through his company, supplied goods and services to H.B. Co., which paid for them by sending the company a cheque. A month later, owing to an error by H.B. Co., a second cheque was issued to the accused's company. Like the first one, the second cheque was deposited by the accused in his company's account. The accused then appropriated the money by writing company cheques in his own favour, reducing the balance of the account to practically nil. Despite leaving repeated messages, a security officer for the H.B. Co. was unable to contact the accused concerning the mistaken payment. The accused was later charged with theft under s. 322(1) of the *Criminal Code* and convicted. A majority of the Court of Appeal set aside the conviction. This appeal is to determine whether, in some circumstances, a transferee may commit theft in respect of property for which the transferor has a right of recovery because of a mistake known to the transferee.

Held: The appeal should be allowed.

Where a transferor mistakenly transfers property to a recipient, and the recipient knows of the mistake, property does not pass for the purpose of the criminal law if under the law of property the original transfer is void or

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Robert Fitzsimons Milne** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. MILNE

N^o du greffe: 22161.

^b

1991: 4 novembre; 1992: 26 mars.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^c

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

Droit criminel — Vol — Détournement — Société de l'accusé payée deux fois pour les mêmes services — Second chèque émis par erreur à la connaissance de l'accusé — Second chèque déposé dans le compte de la société par l'accusé qui a ensuite tiré des chèques dont il était lui-même bénéficiaire — L'accusé est-il coupable de vol? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322(1).

L'accusé, par l'intermédiaire de sa société, fournissait des biens et services à la Cie B.H. qui les a payés par chèque envoyé à la société. Un mois plus tard, par suite d'une erreur de la Cie B.H., un second chèque a été émis à l'ordre de la société de l'accusé. Comme il l'avait fait dans le cas du premier chèque, l'accusé a déposé ce second chèque dans le compte de sa société. L'accusé s'est ensuite approprié ces fonds en tirant sur le compte de sa société des chèques dont il était lui-même bénéficiaire, ce qui a eu pour effet de presque effacer le solde de ce compte. Un agent de sécurité de la Cie B.H. a été incapable de communiquer avec l'accusé au sujet du paiement erroné, même après avoir laissé plusieurs messages à son intention. L'accusé a, par la suite, été inculpé de vol, en vertu du par. 322(1) du *Code criminel*, et déclaré coupable. La Cour d'appel à la majorité a annulé la déclaration de culpabilité. Ce pourvoi vise à déterminer si, dans certaines circonstances, un cessionnaire peut commettre un vol relativement à un bien à l'égard duquel le cédant jouit d'un droit de recouvrement en raison d'une erreur connue du cessionnaire.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Lorsqu'un bien est erronément cédé à une personne qui connaît l'erreur, il n'y a pas de transfert de propriété aux fins du droit criminel si, en droit des biens, le transfert initial est nul ou simplement annulable et que le

voidable and the transferor has a right of recovery. The distinction between void and voidable transfers has no purpose in the context of the criminal law. In either case, where the law of property provides at least a right of recovery, property does not pass for the purpose of the criminal law. If the recipient then converts the property to his own use, fraudulently and without colour of right, and with intent to deprive the transferor of the property, he is guilty of theft.

In the present case, the conviction should be restored. The trial judge found that the accused was aware that the second cheque had been issued to his company by mistake. Therefore, property in the cheque did not pass to his company for the purpose of the criminal law. The trial judge also found that the accused's actions in depositing the second cheque in his company's account and then withdrawing the money amounted to converting that money to his own use with intent to deprive the H.B. Co. of its property. This conversion was done fraudulently and without colour of right, since the accused was aware that the cheque had been issued by mistake.

Cases Cited

Overruled: *R. v. Dawood*, [1976] 1 W.W.R. 262; **referred to:** *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *Brochu v. The King* (1950), 10 C.R. 183; *R. v. Johnson*, [1978] 6 W.W.R. 97.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322(1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 109 A.R. 268, 77 Alta. L.R. (2d) 1, 59 C.C.C. (3d) 372, [1991] 1 W.W.R. 385, allowing the accused's appeal from his conviction on a theft charge. Appeal allowed.

Paul C. Bourque, for the appellant.

Larry L. Ross, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—This case concerns the application of the principles of the law of property to the

cédant jouit d'un droit de recouvrement. La distinction entre les transferts nuls et ceux susceptibles d'annulation n'a pas de raison d'être dans le contexte du droit criminel. Dans l'un ou l'autre cas, lorsque le droit des biens accorde au moins un droit de recouvrement, la propriété n'est pas transférée aux fins du droit criminel. Si le cessionnaire détourne alors le bien à son propre usage, frauduleusement et sans apparence de droit, dans l'intention d'en priver le cédant, il se rend coupable de vol.

En l'espèce, il y a lieu de rétablir la déclaration de culpabilité. Le juge du procès a conclu que l'accusé savait que c'était par erreur que le second chèque avait été émis à l'ordre de sa société. Par conséquent, la propriété du chèque en cause n'a pas été transférée à la société de l'accusé aux fins du droit criminel. Le juge du procès a conclu en outre qu'en déposant le second chèque dans le compte de sa société pour ensuite retirer l'argent, l'accusé a détourné les fonds à son propre usage dans l'intention d'en priver la Cie B.H. Ce détournement a été fait frauduleusement et sans apparence de droit, car l'accusé savait que le chèque avait été émis par erreur.

e Jurisprudence

Arrêt écarté: *R. c. Dawood*, [1976] 1 W.W.R. 262; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *Brochu c. The King* (1950), 10 C.R. 183; *R. c. Johnson*, [1978] 6 W.W.R. 97.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 109 A.R. 268, 77 Alta. L.R. (2d) 1, 59 C.C.C. (3d) 372, [1991] 1 W.W.R. 385, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict de culpabilité rendu contre lui relativement à une accusation de vol. Pourvoi accueilli.

Paul C. Bourque, pour l'appelante.

Larry L. Ross, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—La présente affaire concerne l'application des principes du droit des biens

law of theft, specifically, whether in some circumstances a transferee may commit theft in respect of property for which the transferor has a right of recovery because of a mistake known to the transferee.

I—Facts and Procedural History

Mr. Milne, through his company National Electronics Security Inc., supplied goods and services to the Hudson's Bay Co. An account for \$16,981 was paid by the Hudson's Bay Co., by sending the company a cheque in that amount which Mr. Milne deposited into his company's account. A month later, due to an error by the Hudson's Bay Co., a second cheque for \$16,981 was received and deposited by Mr. Milne into his company's account. Mr. Milne then appropriated the money by writing company cheques in his own favour. These cheques were certified by Mr. Milne, and reduced the balance of his company's account to practically nil. Mr. Milne had sole signing authority for the company account. A security officer for the Hudson's Bay Co. was unable to contact Mr. Milne concerning the mistaken payment, despite leaving repeated messages.

The question of whether a theft occurred in this case is governed by s. 322(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which states:

322. (1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything, whether animate or inanimate, with intent,

(a) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it, or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it;

(b) to pledge it or deposit it as security;

(c) to part with it under a condition with respect to its return that the person who parts with it may be unable to perform; or

en matière de vol. Plus précisément, il s'agit de déterminer si, dans certaines circonstances, un cessionnaire peut commettre un vol relativement à un bien à l'égard duquel le cédant jouit d'un droit de recouvrement en raison d'une erreur connue du cessionnaire.

I—Les faits et les procédures

Monsieur Milne, par l'intermédiaire de sa société National Electronics Security Inc., fournissait des biens et services à la Compagnie de la Baie d'Hudson. Cette dernière a réglé, par chèque envoyé à ladite société, un compte de 16 981 \$, chèque que M. Milne a fait porter au crédit du compte de sa société. Un mois plus tard, par suite d'une erreur de la Compagnie de la Baie d'Hudson, M. Milne a reçu un second chèque de 16 981 \$ qu'il a également déposé dans le compte de sa société. Monsieur Milne s'est alors approprié ces fonds en tirant sur le compte de sa société des chèques dont il était lui-même bénéficiaire. Ces chèques, que M. Milne avait fait certifier, ont eu pour effet de presque effacer le solde de ce compte, pour lequel M. Milne était l'unique signataire autorisé. Un agent de sécurité de la Compagnie de la Baie d'Hudson a été incapable de communiquer avec M. Milne au sujet du paiement erroné, même après avoir laissé plusieurs messages à son intention.

Quant à savoir s'il y a eu vol en l'espèce, c'est là une question qui relève du par. 322(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est ainsi conçu:

322. (1) Commet un vol quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention:

a) soit de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose;

b) soit de la mettre en gage ou de la déposer en garantie;

c) soit de s'en dessaisir à une condition, pour son retour, que celui qui s'en dessaisit peut être incapable de remplir;

(d) to deal with it in such a manner that it cannot be restored in the condition in which it was at the time it was taken or converted.

The trial judge concluded that Mr. Milne knew that the second cheque had been issued to his company by mistake, and given this knowledge, his actions in depositing it and then withdrawing the money constituted a conversion.

It seems to me that the only inference to be drawn from these circumstances is that [Mr. Milne] knew that the money received by the issuing of the second cheque had been paid in error, and that the funds should not have been deposited to this account. In my view the actions of [Mr. Milne] who had knowledge of these circumstances in writing cheques on the numbered account which contained funds that should not have been in that account constituted theft.

Further, he held that Mr. Milne had performed this conversion fraudulently, and without colour of right, with the result that he was guilty of theft.

This decision was overturned by a majority of the Court of Appeal: (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 1, 109 A.R. 268, 59 C.C.C. (3d) 372, [1991] 1 W.W.R. 385 (hereinafter cited to Alta. L.R.). Côté J.A. observed that whatever the intent of Mr. Milne, he could not commit theft if the Hudson's Bay Co. did not retain a property interest in the money it mistakenly paid to Mr. Milne's company. He then examined the law of property with respect to payment under mistake and noted that in some cases such a payment transfers property, while in others it does not. After analyzing the cases, Côté J.A. came to the view that whether property passes despite mistake depends on the kind of mistake which has been made. If the mistake has to do with the object of the transfer, or its recipient, then property does not pass. However, if the transferor gives the intended object to the intended recipient, property does pass, even if the intention itself was based on a mistake (at p. 20):

Property passes if, and only if, the transferor gives the very object he believes and intends to the very person he believes and intends. That is so whether or not his will-

d) soit d'agir à son égard de telle manière qu'il soit impossible de la remettre dans l'état où elle était au moment où elle a été prise ou détournée.

a Le juge du procès conclut que M. Milne savait que le second chèque à l'ordre de sa société avait été émis par erreur, et que, vu cette connaissance, il a commis un détournement en le déposant pour ensuite retirer l'argent.

b [TRADUCTION] Il me semble que la seule conclusion à tirer de ces circonstances est que [M. Milne] savait que la somme reçue par suite de l'émission du second chèque avait été payée par erreur et qu'elle n'aurait pas dû être déposée dans ce compte. Selon moi, [M. Milne], qui était au courant de ces circonstances, a commis un vol en tirant des chèques sur le compte numéroté contenant des fonds qui n'auraient pas dû y être déposés.

d Le juge du procès dit, en outre, que M. Milne a effectué ce détournement frauduleusement et sans apparence de droit, et qu'il a ainsi commis un vol.

e Cette décision est infirmée par la Cour d'appel à la majorité: (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 1, 109 A.R. 268, 59 C.C.C. (3d) 372, [1991] 1 W.W.R. 385 (ci-après cité au Alta. L.R.). Le juge Côté fait remarquer en effet que, quelle qu'ait pu être l'intention de M. Milne, il ne pouvait commettre de vol si la Compagnie de la Baie d'Hudson ne conservait pas un droit de propriété sur l'argent qu'elle avait erronément versé à la société de M. Milne. Il examine ensuite les règles du droit des biens applicables aux paiements faits par erreur et constate que, dans certains cas, un tel paiement emporte transfert de propriété, alors que, dans d'autres cas, il n'a pas cet effet. Après avoir analysé la jurisprudence, le juge Côté arrive à la conclusion que la réponse à la question de savoir s'il y a transfert de propriété en dépit de l'erreur, dépend du genre d'erreur commise. Si l'erreur porte sur l'objet du transfert ou sur le cessionnaire, la propriété n'est pas transférée. Si, toutefois, le cédant remet le bon objet à la bonne personne, il y a alors transfert de propriété, même si l'intention elle-même était fondée sur une erreur (à la p. 20):

j [TRADUCTION] Il n'y a transfert de propriété que si le cédant remet l'objet même qu'il croit remettre et a l'intention de remettre à la personne même à qui il croit le

ingness and decision to do so stem from fraud, forgetfulness, or spontaneous mistake, so long as the chattel and the recipients are the ones he intends. But if he mixes up recipients, or mixes up property, and gets the wrong chattel or wrong recipient, no property passes. That is so whatever caused his mistake, be it fraud or mishap.

Here the Hudson's Bay Co. intended to issue a cheque to National, and issued it just as intended with National as payee. They intended to deliver it to National, and got it into the hands of National. They intended National to negotiate it and keep the proceeds, and National did so. The Hudson's Bay Co. did not confuse payees or property. The Hudson's Bay Co. succeeded: they got the property intended into the hands of the intended recipient. They knew, but forgot or overlooked, that they did not have to do so. Property passed. The Hudson's Bay Co. gained a civil cause of action for a like sum, but lost property in the cheque and its proceeds. Neither [the respondent] nor his company National did anything to induce that payment.

Since in the present case, it was the intention of the Hudson's Bay Co. to transfer property in the proceeds of the second cheque to Mr. Milne, property did in fact pass. The fact that this intention was based on the mistaken belief that the Hudson's Bay Co. owed Mr. Milne the money did not prevent the passing of money, though it created a civil cause of action for its return.

Côté J.A. noted that the nature and validity of the underlying contractual relationship were quite irrelevant to the question whether property passed through the second cheque (at p. 20):

And I agree that the test here is not whether there is operative mistake making void a contract. (No one here suggests property was to pass or not pass by contract. It

remettre et a l'intention de le remettre. C'est le cas indépendamment du fait que sa volonté et sa décision de le faire aient pu résulter d'une fraude, d'un oubli ou d'une erreur spontanée, pour peu que le bien et les cessionnaires soient ceux sur lesquels porte son intention. Mais s'il se trompe quant aux cessionnaires ou quant aux biens à céder et cède en conséquence, le mauvais bien ou fait la cession à la mauvaise personne, la propriété n'est pas transférée. Il en est ainsi quelle que soit la cause de son erreur, qu'elle résulte d'une fraude ou d'un accident.

En l'espèce, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait l'intention d'émettre un chèque à l'ordre de National et en a effectivement émis un à l'ordre de National, conformément à son intention. Elle avait l'intention de le remettre à National et elle le lui a fait tenir. Elle voulait que National négocie le chèque et en conserve le produit, ce que National a fait. La Compagnie de la Baie d'Hudson ne s'est trompée ni quant au bénéficiaire ni quant à l'article en question. La Compagnie de la Baie d'Hudson a réussi: elle a fait parvenir le bon article à la bonne personne. Elle savait qu'elle n'y était pas tenue, mais a oublié ou négligé ce fait. La propriété a été transférée. La Compagnie de la Baie d'Hudson a acquis le droit d'intenter une action civile en recouvrement d'une somme identique, mais a perdu son droit de propriété sur le chèque et son produit. Ni [l'intimé] ni sa société National n'a agi de manière à l'inciter à faire ce paiement.

Puisqu'en l'espèce la Compagnie de la Baie d'Hudson avait l'intention de transférer à M. Milne la propriété du produit du second chèque, il y a eu effectivement transfert de propriété. Ce n'est pas parce que cette intention reposait sur la croyance erronée que la Compagnie de la Baie d'Hudson devait cet argent à M. Milne qu'il n'y a pas eu transfert de la propriété de l'argent, quoique cela ait fait naître une cause d'action civile en recouvrement de ladite somme.

Le juge Côté souligne que la nature et la validité de la relation contractuelle sous-jacente n'avaient absolument rien à voir avec la question de savoir si le second chèque opérait un transfert de propriété (à la p. 20):

[TRADUCTION] Et je conviens que le critère à appliquer dans la présente affaire ne consiste pas à se demander s'il y a une erreur qui a pour effet de rendre nul un con-

was to pass or not pass by wording the payee of the cheque and by mere delivery.)

Having set out the civil law relating to property in this manner, Côté J.A. observed that it was not imperative that the civil law relating to property and the criminal law relating to theft should accord completely. However, any other result would lead to anomalies. Indeed, commercial practicality pointed in the same direction as the civil legal principles. For instance, the ongoing web of payments between two companies is often complex and overpayments and allegation of overpayment are common. Côté J.A. noted that if mistaken overpayment did not transfer property, a new kind of preference in bankruptcy would exist that had not been noticed before. Côté J.A. also noted that the most commercially practical response to the receipt of a mistakenly paid cheque may often be to deposit it and then arrange for a refund cheque to be issued. If property never passes in the first place, even this could amount to theft.

Côté J.A. rejected any application of trust principles or the law of conversion to this case (at p. 21):

In this case there is no question of a "special property". On anyone's view, all property passed to National or none of it did. Here there was no bailment, conditional sales contract, trust, or other split property, in the eyes of criminal law or civil law. The Hudson's Bay Co. did not retain any property interest of any kind: *Barclay's Bank v. Simms*. . . .

Nothing turns here on conversion. The doctrine extends the common law notion of what is a taking, and extends theft to cover those who already have possession. It does nothing to change whether property passes

tratt. (Personne ne prétend en l'espèce que le transfert de propriété devait se faire ou ne pas se faire au moyen d'un contrat. Il devait plutôt se faire ou ne pas se faire par l'inscription du nom du bénéficiaire sur le chèque et par simple remise de celui-ci.)

Ayant ainsi exposé les règles de droit civil relatives aux biens, le juge Côté fait observer qu'il n'est pas impérieux que le droit civil en matière de biens et le droit criminel en matière de vol s'accordent complètement. Il en découlerait toutefois des anomalies s'il en était autrement. De fait, selon le juge Côté, la réalité commerciale tend vers le même résultat que les principes de droit civil. Par exemple, les règlements des comptes qui ont constamment lieu entre deux sociétés sont souvent complexes et les paiements excédentaires, ainsi que les allégations de paiement excédentaire, sont fréquents. Le juge Côté a noté que si un paiement en trop effectué par erreur n'opérait pas un transfert de propriété, il existerait alors en matière de faillite un nouveau type de privilège du créancier, dont on ne s'était pas rendu compte auparavant. Le juge Côté ajoute que, du point de vue commercial, la mesure la plus pratique à prendre sur réception d'un chèque émis par erreur peut souvent être de le déposer pour ensuite faire tirer un chèque de remboursement. Or, si, au départ, il n'y a aucun transfert de propriété, même une telle mesure pourrait constituer un vol.

Le juge Côté rejette l'application des principes de la fiducie ou du droit en matière de détournement en l'espèce (à la p. 21):

[TRADUCTION] En l'espèce, il n'est nullement question d'un «droit de propriété spécial». Tous s'accordent en effet pour dire soit que la propriété a été transférée en totalité à National, soit qu'elle n'a pas été transférée du tout. Dans le présent cas, il n'y a eu, du point de vue du droit criminel ou du droit civil, aucun dépôt, aucun contrat de vente conditionnelle, aucune fiducie ni aucune autre forme de démembrement de propriété. La Compagnie de la Baie d'Hudson ne conservait aucun droit de propriété quel qu'il soit: *Barclay's Bank c. Simms*. . . .

La notion de détournement n'est pas pertinente en l'espèce. Elle élargit la portée du verbe «prendre» en common law tout en étendant la portée du vol de manière à englober les personnes déjà en possession du

or does not pass. Nor does it affect who is the owner whose goods are taken or converted.

Finally, Côté J.A. noted that while Mr. Milne was certainly dishonest in his dealings with the second cheque, this particular form of dishonesty did not amount to theft, and could be dealt with in a number of other ways under the *Criminal Code*.

For these reasons, the majority in the Court of Appeal allowed the appeal, and set aside the conviction.

In dissent, McClung J.A. disagreed with the majority's conclusion that property in the proceeds of the second cheque had passed in law to Mr. Milne. According to him, the law of unilateral mistake intervened on behalf of the Hudson's Bay Co. and avoided the transaction. Because the Hudson's Bay Co. tendered the sum of \$16,981 for services that had been paid for earlier, it was mistaken as to a fundamental term of the transaction, and this mistake was recognized by Mr. Milne. "On those facts the contract was not merely voidable, but void, and no rights could be created by it" (p. 6). Hence no title to the funds was passed.

McClung J.A. also held that a "special property or interest" in the funds pursuant to s. 322(1)(a) of the *Code* had been retained by the Hudson's Bay Co. According to him, such an interest may derive from the nature of the transaction between the payer and the recipient of the funds. Applying those principles to the facts, he concluded that the funds had been entrusted to Mr. Milne, through his company, for the payment of the services earlier rendered. These services had already been paid and were known to have been paid, and therefore, the proceeds of the cheque remained impressed with a

bien en question. Elle ne change rien en ce qui concerne la question de savoir s'il y a eu ou non transfert de propriété, pas plus qu'elle n'est déterminante quant à savoir qui est le propriétaire des biens qui ont été pris ou détournés.

Le juge Côté souligne enfin que M. Milne a certes agi malhonnêtement en ce qui concerne le second chèque, mais que cette forme particulière de malhonnêteté ne constitue pas un vol et qu'il existe, aux termes du *Code criminel*, plusieurs autres façons de la sanctionner.

Pour ces motifs, la Cour d'appel, à la majorité, accueille l'appel et annule la déclaration de culpabilité.

Le juge McClung, dissident, ne partage pas la conclusion des juges majoritaires que, du point de vue juridique, la propriété du produit du second chèque a été transférée à M. Milne. D'après lui, la règle de droit relative à l'erreur unilatérale s'applique en faveur de la Compagnie de la Baie d'Hudson et entraîne la nullité de l'opération. Comme la Compagnie de la Baie d'Hudson avait offert la somme de 16 981 \$ pour des services déjà payés, elle s'était trompée au sujet d'une condition essentielle de l'opération et M. Milne a reconnu cette erreur. [TRADUCTION] «Dans ces circonstances, le contrat n'était pas simplement susceptible d'annulation; il était entaché de nullité et ne pouvait faire naître aucun droit» (p. 6). Il n'y a donc pas eu de transfert de la propriété des fonds en question.

Le juge McClung statue également que la Compagnie de la Baie d'Hudson a conservé dans les fonds un «droit de propriété spécial ou un intérêt spécial» au sens de l'al. 322(1)a) du *Code*. Selon lui, un tel droit ou intérêt peut découler de la nature de l'opération intervenue entre la personne qui verse les fonds et celle qui les reçoit. Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, il conclut que les fonds ont été confiés à M. Milne, par l'intermédiaire de sa société, pour le paiement de services rendus antérieurement. Or, ceux-ci avaient déjà été payés et on le savait, si bien que le produit du chèque faisait l'objet d'une fiducie qui conférait à la Compagnie de la Baie d'Hudson un intérêt à

trust, freezing a beneficial and special interest in the funds in the Hudson's Bay Co.

II—Analysis

Mr. Milne could not be convicted of theft on the basis of his having taken something from the Hudson's Bay Co. The cheque was in the possession of Mr. Milne, through his company, without any taking on his part. Therefore, Mr. Milne can only be convicted of theft if he fraudulently and without colour of right converted the money to his use with the intent to deprive the Hudson's Bay Co. of its property or "special property or interest" in it. It is the doctrine of conversion which covers a case such as this one where the initial possession of the thing in question was gained without a taking.

In determining whether Mr. Milne converted the money to his own use, the key issue is whether the Hudson's Bay Co. in fact retained an interest in the money after possession had been transferred to Mr. Milne, due to Mr. Milne's knowledge of its mistake. The majority in the Court of Appeal carefully analyse this issue on the basis of the law of property. Côté J.A. noted that there is a distinction in property cases between circumstances in which a mistake operates to void a transaction *ab initio*, so that property never passes, and other circumstances in which the mistake merely renders the transaction voidable, which entitles the grieved party to a remedy, either in damages or by way of constructive trust, but does not prevent the initial transfer of property.

As noted above, Côté J.A. held that this distinction turns on the kind of mistake made by the transferor. If the mistake relates to the identity of the object or the recipient, then the transfer is void. If the mistake instead relates to the reason for the transfer, it is voidable. In this case, since the Hudson's Bay Co.'s mistake related to the reason for

titre bénéficiaire et un intérêt spécial dans ces fonds.

II—Analyse

Monsieur Milne ne pouvait être reconnu coupable de vol pour avoir pris quelque chose à la Compagnie de la Baie d'Hudson. Il est entré en possession du chèque par l'intermédiaire de sa société, sans avoir pris quelque chose. D'où il s'ensuit que M. Milne ne peut être déclaré coupable de vol que s'il a, frauduleusement et sans apparence de droit détourné l'argent à son propre usage dans l'intention de priver la Compagnie de la Baie d'Hudson de son bien ou de son «droit de propriété spécial ou [...] intérêt spécial» sur ce bien. C'est la théorie du détournement qui s'applique donc à un cas comme celui-ci, où la possession de l'article en question a été acquise, au départ, sans que l'on ait pris quelque chose.

Pour déterminer si M. Milne a détourné l'argent à son propre usage, la question fondamentale est de savoir si, en raison de la connaissance qu'avait M. Milne de l'erreur commise par la Compagnie de la Baie d'Hudson, cette dernière a effectivement conservé un intérêt dans l'argent après que M. Milne en eut acquis la possession. Les juges majoritaires en Cour d'appel analysent soigneusement cette question en fonction du droit des biens. Le juge Côté fait remarquer en effet que la jurisprudence dans le domaine des biens fait une distinction entre les circonstances où une erreur a pour effet de rendre nulle *ab initio* une opération, de sorte qu'il n'y a aucun transfert de propriété, et d'autres circonstances où l'erreur ne fait que rendre l'opération susceptible d'annulation, ce qui donne à la partie lésée droit à un redressement sous forme de dommages-intérêts ou par voie de fiducie par interprétation, mais qui n'empêche pas pour autant le transfert initial de propriété.

Comme je l'ai indiqué plus haut, le juge Côté conclut que cette distinction tient au genre d'erreur commise par le cédant. Si l'erreur porte sur l'objet du transfert ou sur le cessionnaire, le transfert est nul. Si, par contre, l'erreur se rapporte au motif du transfert, celui-ci est annulable. En l'espèce, puisque l'erreur de la Compagnie de la Baie d'Hudson

the transfer, not the object or the recipient, the transfer was merely voidable.

The Crown objects to Côté J.A.'s analysis of the distinction between void and voidable transfers on the basis that such an analysis ought to focus on the owner's subjective intention, rather than his objective intention. To focus on objective intent is said to be inconsistent with the general principle of the criminal law, which is to examine subjective intent.

This is, however, a misconception of the distinction identified by Côté J.A. This distinction does not turn on the difference between objective and subjective intent. In speaking of the intent of the transferor, it is clear that Côté J.A. means subjective, not objective intent. For instance, Côté J.A. considers that when a bank mistakenly deposits money into the wrong person's account, this is a mistake which prevents property from passing. Yet the objective intent, visible to the outside observer, would be to pass property. It is the subjective intent not to do so which is relevant, according to Côté J.A.

In this case, both the subjective and objective intention of the Hudson's Bay Co. was to pass property in the cheque. What the Crown identifies as the subjective intent not to pass property relates instead, in terms of the criminal law, to the motive for the transaction. In this case, the motive of the Hudson's Bay Co. was to pay Mr. Milne's company for services rendered. Of course, this motivation was based on an error, in that payment had already been made, yet given this error the Hudson's Bay Co. fully intended for property in the second cheque to pass to Mr. Milne's company. The law of property creates a right of recovery because of the particular character of the mistaken motive in this case. However, this does not mean that the Hudson's Bay Co. did not intend property to pass.

portait sur le motif du transfert plutôt que sur l'objet de ce transfert ou sur le cessionnaire, le transfert était simplement susceptible d'annulation.

Le ministère public conteste l'analyse que le juge Côté fait de la distinction entre les transferts nuls et les transferts annulables, en alléguant que cette analyse devrait porter sur l'intention subjective du propriétaire plutôt que sur son intention objective. On soutient que se concentrer sur l'intention objective va à l'encontre du principe général du droit criminel, qui veut que soit prise en considération l'intention subjective.

Il s'agit toutefois là d'une conception erronée de la distinction faite par le juge Côté. Cette distinction n'est aucunement tributaire de la différence entre l'intention objective et l'intention subjective. Il est évident que l'intention du cédant dont parle le juge Côté est son intention subjective et non pas objective. Le juge Côté estime, par exemple, que si une banque dépose erronément de l'argent dans le compte de la mauvaise personne, cette erreur vient empêcher le transfert de propriété. Pourtant, l'intention objective, du point de vue d'un observateur étranger à l'opération, serait de transférer la propriété. Selon le juge Côté, ce qui compte à ce moment-là c'est l'intention subjective de ne pas le faire.

En l'espèce, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait l'intention subjective et objective de transférer la propriété du chèque. Ce que le ministère public qualifie d'intention subjective de ne pas transférer la propriété se rapporte plutôt, sur le plan du droit criminel, au motif de l'opération. Dans le présent cas, le motif de la Compagnie de la Baie d'Hudson était de payer des services rendus par la société de M. Milne. Ce motif reposait évidemment sur une erreur puisque le paiement avait déjà été fait. Pourtant, compte tenu de cette erreur, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait la ferme intention de transférer la propriété du second chèque à la société de M. Milne. Et le droit des biens confère un droit de recouvrement en raison de la nature particulière du motif erroné en l'espèce. Cela ne veut cependant pas dire que la Compagnie de la Baie d'Hudson n'avait pas l'intention de transférer le droit de propriété.

Therefore, the nature of the distinction identified by Côté J.A. is not contrary to the general precepts of criminal law. Indeed, there is a sense in which it is consonant with those precepts, in so far as it focuses upon intent as distinguished from motive. However, assuming that the method by which Côté J.A. distinguishes between void and voidable mistaken transfers is correct, be it from the point of view of property law or criminal law, there remains the logically prior question as to whether the distinction itself is necessary or has any purpose in the context of the criminal law. As can be seen in *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, issues surrounding the law of property may look very different in the context of the criminal law than in the context of the civil law, where the purposes of these two branches of law differ.

The purpose of the distinction between void and voidable in the context of the law of property is largely (though perhaps not exclusively) to protect innocent third parties who have relied on the legitimacy of the transaction which has apparently taken place. Such a purpose has no analogue in the criminal law. The criminal law is concerned with the guilt or innocence of the accused, and to this end focuses on the actions and knowledge of the accused. The criminal law does not affect the interests of third parties in the way that the law of property can. The fact that Mr. Milne in a case such as this may face criminal sanction for his acts would not affect the property claim of an innocent third party to whom the property had passed in the meantime.

Indeed, it would be perfectly consistent with the purposes and traditions of the criminal law to focus on the knowledge of the accused in order to determine whether property had passed. This conclusion is consistent with some of the prior cases dealing with this issue. In *Brochu v. The King* (1950), 10 C.R. 183 (Que. K.B.), the accused was

La nature de la distinction relevée par le juge Côté ne va donc nullement à l'encontre des préceptes généraux du droit criminel. En fait, cette distinction est, dans un sens, en accord avec ces préceptes dans la mesure où elle est axée sur l'intention plutôt que sur le motif. Dans l'hypothèse toutefois où la méthode par laquelle le juge Côté fait la distinction entre les transferts erronés entachés de nullité et ceux qui sont susceptibles d'annulation soit la bonne, que ce soit du point de vue du droit des biens ou du droit criminel, il reste qu'il convient, en toute logique, de se demander préalablement si la distinction elle-même est nécessaire ou si elle a sa raison d'être dans le contexte du droit criminel. Comme l'indique l'arrêt *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, les questions touchant le droit des biens peuvent, dans le contexte du droit criminel, se présenter sous un aspect tout à fait différent de celui sous lequel elles se présentent dans le contexte du droit civil, lorsque ces deux branches du droit diffèrent quant à leurs objets.

La distinction entre nul et annulable, en droit des biens, vise dans une large mesure (quoique peut-être non exclusivement) à protéger les tiers innocents qui se sont fiés à la légitimité de l'opération qui semble avoir eu lieu. Cet objet n'a pas de pendant en droit criminel. En droit criminel, on se préoccupe de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, de sorte que l'accent est mis sur les actes et la connaissance de ce dernier. Le droit criminel n'a pas, sur les intérêts de tiers, l'incidence que peut avoir le droit des biens. Le fait que M. Milne puisse, dans une affaire comme celle qui nous occupe, être exposé à une sanction pénale à cause de ses actes n'aurait aucune incidence sur la réclamation, fondée sur le droit des biens, d'un tiers innocent à qui la propriété avait été transférée dans l'intervalle.

En fait, il serait parfaitement conforme aux objets et aux traditions du droit criminel de se concentrer sur la connaissance de l'accusé aux fins de décider s'il y a eu transfert de propriété. Cette conclusion est d'ailleurs compatible avec la jurisprudence antérieure portant sur cette question. Dans l'affaire *Brochu c. The King* (1950), 10 C.R. 183

overpaid by \$1,000 when cashing a cheque. When the error was pointed out to him, the accused denied that he had received the extra funds, and attempted to use those funds in a number of ways. In deciding that the accused was guilty of theft, Marchand J. focused on the accused's knowledge of the bank's mistake, rather than the nature of that mistake (at pp. 191-92):

[TRANSLATION] I italicize the words "*taking or converting to the use*", the very clear meaning of which goes far beyond the discussions of the common law, and I see in them that anyone who has received, through the unilateral error of an owner, a thing to which he has no right, and decides to convert it to his own use, to keep it, when the mistake that has given it to him is pointed out to him, creates for himself a fraudulent title, *takes* fraudulently and without colour of right, with intent to deprive the owner, with full *animus furandi*, and makes himself guilty of the theft of this thing.

In the case of *R. v. Johnson*, [1978] 6 W.W.R. 97 (Man. C.A.), the majority also focuses on the accused's knowledge of the mistake, rather than the type of mistake. In that case, funds were mistakenly deposited by a bank into the accused's account, and the accused, knowing that he was not entitled to them, withdrew and spent the funds. Monnin J.A. found that spending the money constituted conversion, and the knowledge of the mistake was sufficient to make this theft (at p. 99):

Under the plain ordinary interpretation that would be made by any citizen and under the plain legal interpretation of s. 283 of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, which defines theft, even if the accused's conduct in taking something which he very well knew was not his may not by itself have amounted to theft, his conduct in then fraudulently and without colour of right converting that money to his own use certainly constituted theft. The accused was not entitled to this sum of money and he very well knew it: "I almost flipped out". In my view that is all that is required to make this conversion of the money a theft for which the accused ought to have been found guilty.

Both of these cases can be reconciled with the approach suggested by the majority in the Court of

(B.R. Qué.), l'accusé a reçu 1 000 \$ de trop quand il a encaissé un chèque. Au moment où l'erreur lui a été signalée, l'accusé a nié avoir reçu la somme supplémentaire, et il a tenté d'utiliser ces fonds de différentes façons. En concluant que l'accusé était coupable de vol, le juge Marchand s'est appuyé sur le fait que l'accusé était au courant de l'erreur de la banque plutôt que sur la nature de cette erreur (à la p. 187):

Je souligne les mots «*s'approprier ou de convertir à son usage*» dont le sens très clair va beaucoup au delà des discussions du droit commun. Et j'y vois que celui qui a reçu par l'erreur unilatérale d'un propriétaire une chose à laquelle il n'a aucun droit, s'il décide de la convertir à son usage, de la garder, quand l'erreur qui la lui a donnée lui est signalée, se fait à lui-même un titre frauduleux, se *l'approprie* frauduleusement et sans apparence de droit dans l'intention d'en priver le propriétaire, avec plein *animus furandi*, et se rend coupable du vol de cette chose.

Dans l'affaire *R. c. Johnson*, [1978] 6 W.W.R. 97 (C.A. Man.), les juges majoritaires se sont également concentrés sur la connaissance qu'avait l'accusé de l'erreur plutôt que sur le type d'erreur. Il s'agit là d'un cas où une banque avait erronément déposé des fonds dans le compte de l'accusé et où ce dernier, tout en sachant qu'il n'y avait pas droit, les avait retirés et dépensés. Le juge Monnin de la Cour d'appel a conclu que le fait de dépenser l'argent constituait un détournement et que la connaissance de l'erreur suffisait pour en faire un vol (à la p. 99):

[TRADUCTION] Selon l'interprétation ordinaire que donnerait n'importe quel citoyen et selon l'interprétation juridique littérale de l'art. 283 du Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui définit le vol, même si le fait pour l'accusé de prendre une chose qui, il le savait pertinemment, ne lui appartenait pas n'équivalait peut-être pas en soi à un vol, sa conduite subséquente en détournant l'argent à son propre usage, frauduleusement et sans apparence de droit, constituait certainement un vol. L'accusé n'avait pas droit à cet argent et il le savait pertinemment. «Je n'en croyais presque pas mes yeux», a-t-il dit. À mon avis, c'est tout ce qu'il faut pour faire de ce détournement des fonds un vol qui aurait dû valoir à l'accusé une déclaration de culpabilité.

Ces deux arrêts sont certes conciliables avec l'approche proposée, en l'espèce, par la Cour d'ap-

Appeal, but are more obviously consistent with a focus on the knowledge of the accused.

However, the case of *R. v. Dawood*, [1976] 1 W.W.R. 262 (Alta. S.C., App. Div.), must be overruled if the knowledge of the accused is to be the critical factor. In *Dawood*, the accused switched price tags on merchandise, and then presented the altered merchandise to a cashier for payment. The majority in the Court of Appeal saw this as an offer to purchase the merchandise for the altered price, which offer was accepted by the cashier. The transaction was therefore voidable, not void, and property had passed. In light of the accused's knowledge of the mistake made by the cashier, property would not have passed for the purpose of the criminal law if the knowledge of the accused is the controlling factor.

In the present case, it is absolutely clear that Mr. Milne knew that he was not entitled to the proceeds of the second cheque. Since Mr. Milne knew of the mistake of the transferor, and the mistake was of a kind which by virtue of the law of property gave rise to a right of recovery, property did not pass for the purpose of criminal law.

In light of this conclusion, it is not necessary to discuss the scope of the "special property or interest" referred to in s. 322 of the *Criminal Code*.

III— Conclusion

Where a transferor mistakenly transfers property to a recipient, and the recipient knows of the mistake, property does not pass for the purpose of the criminal law if the law of property creates a right of recovery, no matter whether the original transfer is said to be void or voidable. The distinction between void and voidable transfers has no purpose in the context of the criminal law. In either case, where the law of property provides at least a right of recovery, property does not pass for the purpose of the criminal law. If the recipient then converts the property to his own use, fraudulently and without colour of right, and with intent to

pel à la majorité, mais ils s'accordent évidemment mieux avec une analyse fondée sur la connaissance de l'accusé.

Si, toutefois, c'est la connaissance de l'accusé qui doit être déterminante, il faudra alors écarter l'arrêt *R. c. Dawood*, [1976] 1 W.W.R. 262 (C.S. Alb., Div. app.). Dans cette affaire, l'accusé avait substitué les étiquettes de certaines marchandises pour ensuite présenter l'article dont le prix avait été ainsi modifié à la caisse en vue du paiement. Les juges majoritaires en Cour d'appel y ont vu une offre d'acheter l'article en question au prix modifié, offre qu'a acceptée le caissier. L'opération était en conséquence annulable et non pas nulle, de sorte qu'il y avait eu transfert de propriété. Comme l'accusé connaissait l'erreur du caissier, la propriété n'aurait pas été transférée aux fins du droit criminel si c'était la connaissance de l'accusé qui était déterminante.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que M. Milne savait qu'il n'avait pas droit au produit du second chèque. Puisqu'il était au courant de l'erreur du cédant et qu'il s'agissait d'une erreur qui, en droit des biens, faisait naître un droit de recouvrement, la propriété n'a pas été transférée aux fins du droit criminel.

Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'étudier la portée du «droit de propriété spécial ou [...] intérêt spécial» visé à l'art. 322 du *Code criminel*.

III— Conclusion

Lorsqu'un bien est erronément cédé à une personne qui connaît l'erreur, il n'y a pas de transfert de propriété aux fins du droit criminel s'il existe, en droit des biens, un droit de recouvrement, peu importe que le transfert initial soit considéré comme nul ou simplement annulable. La distinction entre les transferts nuls et ceux susceptibles d'annulation n'a pas de raison d'être dans le contexte du droit criminel. Dans l'un ou l'autre cas, lorsque le droit des biens accorde au moins un droit de recouvrement, la propriété n'est pas transférée aux fins du droit criminel. Si le cessionnaire détourne alors le bien à son propre usage, fraudu-

deprive the transferor of the property, he is guilty of theft.

In this case, the trial judge found that Mr. Milne was aware that the second cheque had been issued to his company by mistake, and knew that he had been paid with a prior cheque. Therefore, property in the cheque did not pass to Mr. Milne's company for the purpose of the criminal law. The trial judge also found that when Mr. Milne wrote cheques to himself on the company's account that reduced the balance to almost nil, this amounted to converting that money to his own use with intent to deprive the Hudson's Bay Co. of its property. This conversion was done fraudulently and without colour of right, since Mr. Milne was aware that the cheque had been issued by mistake. Therefore, Mr. Milne was guilty of theft.

Other cases, such as those referred to in the judgment of Côté J.A. in the Court of Appeal, will raise different issues. For instance, a case in which the recipient only discovered after converting a cheque to his own use that it had been sent by mistake would raise a number of issues not raised in this case, as would a situation where the recipient was entitled to some but not all of the proceeds of the cheque, or where a set-off was involved, or where the recipient merely deposited the cheque without any further acts to convert it to his own use. The resolution of these issues may be left to other cases.

I would therefore allow the appeal and restore the conviction.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Paul C. Bourque, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Larry L. Ross, Calgary.

leusement et sans apparence de droit, dans l'intention d'en priver le cédant, il se rend coupable de vol.

En l'espèce, le juge du procès conclut que M. Milne savait, d'une part, que c'était par erreur que le second chèque avait été émis à l'ordre de sa société et, d'autre part, qu'il avait déjà été payé par chèque. Par conséquent, la propriété du chèque en cause n'a pas été transférée à la société de M. Milne aux fins du droit criminel. Le juge du procès conclut en outre qu'en tirant, sur le compte de la société, des chèques dont il était lui-même bénéficiaire et qui ont eu pour effet de presque effacer le solde de ce compte, M. Milne a détourné les fonds à son propre usage dans l'intention d'en priver la Compagnie de la Baie d'Hudson. Ce détournement a été fait frauduleusement et sans apparence de droit, car M. Milne savait que le chèque avait été émis par erreur. Monsieur Milne était donc coupable de vol.

D'autres cas, comme ceux évoqués dans les motifs du juge Côté de la Cour d'appel, soulèveront des questions différentes. Par exemple, le cas où le cessionnaire ne découvre qu'après avoir détourné un chèque à son propre usage qu'il lui a été envoyé par erreur soulèverait un certain nombre de questions qui ne se posent pas en l'espèce, comme le ferait également une situation dans laquelle le cessionnaire avait droit à une partie mais non à la totalité du produit du chèque, ou lorsqu'il est question de compensation ou que le cessionnaire a simplement déposé le chèque sans autres actes destinés à le détourner à son propre usage. Ce sont là des questions qu'il convient de trancher dans le cadre d'autres litiges.

Je suis, en conséquence, d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Paul C. Bourque, Edmonton.

Procureur de l'intimé: Larry L. Ross, Calgary.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

**K1A 0S9
OTTAWA**

If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1992 Vol. 1

5^e cahier, 1992 Vol. 1

Cited as [1992] 1 S.C.R. 711-876

Renvoi [1992] 1 R.C.S. 711-876

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secretaries
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

CONTENTS

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration) 711

Immigration — Deportation — Permanent resident convicted of serious offence and ordered deported — Appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds barred if Security Intelligence Review Committee finding involvement with organized crime — Summary provided of Committee's in camera proceedings — Whether infringement of s. 7 right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 4(2), 19(1)(d)(ii), 27(1)(d)(i), (ii), (3), (4), 32(2), 72(1)(a), (b), 82.1(1), (2)(a), (c), (3), (4), (5), (6)(a), (b), 83(1)(a), (2).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Deportation of permanent resident convicted of serious crime — Appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds barred if Security

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjoints à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Secrétaires
LYNE RENAUD
SUZANNE GIGUÈRE

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

SOMMAIRE

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) 711

Immigration — Expulsion — Expulsion d'un résident permanent ordonnée après sa déclaration de culpabilité d'une infraction grave — Aucune possibilité d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration pour des motifs de compassion si le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité conclut à la participation à des activités criminelles organisées — Communication du résumé de l'audience à huis clos du comité — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté et du droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, garantis à l'art. 7? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 4(2), 19(1)(d)(ii), 27(1)(d)(i), (ii), (3), (4), 32(2), 72(1)(a), (b), 82.1(1), (2)(a), (c), (3), (4), (5), (6)(a), (b), 83(1)(a), (2).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté et droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale — Expulsion d'un rési-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Intelligence Review Committee finding involvement with organized crime — Summary provided of Committee's in camera proceedings — Whether infringement of s. 7 right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment or treatment — Deportation of permanent resident convicted of serious crime — Whether infringement of s. 12 right to freedom from cruel and unusual punishment or treatment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Deportation of permanent resident convicted of serious crime — Appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds barred if Security Intelligence Review Committee finding involvement with organized crime — Whether infringement of s. 15 right to equal benefit before and under the law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.

Administrative law — Natural justice — Fair hearing — Security Intelligence Review Committee considering whether permanent resident involved with organized crime — Part of Committee hearing in camera — Background material and summary of proceedings provided — Finding of involvement with organized crime barring appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds.

Lefebvre v. HOJ Industries Ltd. 831

Practice — Re-hearing — Counsel for appellants not present when matter heard — Procedure for setting hearing dates — No duty on Court to inform counsel of hearing dates — Counsel failing to carry out duty to ascertain inscribed date — Re-hearing granted as matter of indulgence — Granting of motion not a precedent — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 51.

R. v. CIP Inc. 843

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 19 months in bringing accused to trial owing to lack of court facilities — Whether corporation can rely on guarantee of trial within a reasonable time — If so, whether delay unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. Duncanson..... 836

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Whether trial judge erred in excluding narcotics evidence under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. Ellis-Don Ltd. 840

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Statutory defence and common law defence of due diligence to be established by ac-

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

dent permanent reconnu coupable d'un crime grave — Aucune possibilité d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration pour des motifs de compassion si le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité conclut à la participation à des activités criminelles organisées — Communication du résumé de l'audience à huis clos du comité — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté et du droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, garantis à l'art. 7? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine ou traitement cruels et inusités — Expulsion d'un résident permanent reconnu coupable d'un crime grave — Y a-t-il eu violation du droit à la protection contre les traitements ou les peines cruels et inusités, garanti à l'art. 12? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Expulsion d'un résident permanent reconnu coupable d'un crime grave — Aucune possibilité d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration pour des motifs de compassion si le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité conclut à la participation à des activités criminelles organisées — Y a-t-il eu violation du droit, garanti à l'art. 15, au même bénéfice de la loi, laquelle ne fait acception de personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.

Droit administratif — Justice naturelle — Audience équitable — Le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité a examiné si un résident permanent participait à des activités criminelles organisées — Audience du comité tenue en partie à huis clos — Communication de renseignements généraux et d'un résumé des procédures — Une conclusion à la participation à des activités criminelles organisées exclut tout appel devant la Commission d'appel de l'immigration fondé sur des motifs de compassion.

Lefebvre c. HOJ Industries Ltd. 831

Pratique — Nouvelle audition — Avocat des appelants absent au moment de l'audience — Procédure d'établissement des dates d'audition — La Cour n'est pas tenue d'informer les avocats des dates d'audition — L'avocat ne s'est pas acquitté de son devoir de vérifier la date inscrite — Nouvelle audition accordée par complaisance — La décision d'accueillir la requête ne doit pas créer de précédent — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 51.

R. c. CIP Inc. 843

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — En raison du manque d'installations nécessaires, 19 mois se sont écoulés avant que l'accusé ne subisse son procès — Une personne morale peut-elle invoquer le droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Dans l'affirmative, le délai en l'espèce est-il déraisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

cused on balance of probabilities — Restriction on presumption of innocence justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Occupational Health and Safety Act, R.S.O. 1980, c. 321, s. 37(1), (2).

R. v. Martin 838

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Legislation creating strict liability offence — Restriction on presumption of innocence justifiable — Export and Import Permits Act, R.S.C. 1970, c. E-17, s. 13 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

R. v. Morin 771

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 14½ months between accused's arrest and trial — Delay caused solely by limits on institutional resources — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. Sharma 814

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 13 months between accused's arrest and trial — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. T. (V.) 749

Criminal law — Young offenders — Accused found guilty of uttering threats — Court of Appeal directing verdict of acquittal — Whether youth court may decline to enter verdict of guilty on ground that charge should never have been laid — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(1), 19(2).

Reference re Milgaard (Can.) 866

Criminal law — Murder — Youth convicted of murder in 1970 — Fresh evidence — Reference to Supreme Court of Canada in 1991 — Whether accused's continued conviction constitutes miscarriage of justice — Guidelines applied by Court in making determination.

Reference re Milgaard (Can.) 875

Contempt of court — Milgaard Reference — Witness — Perjury — Contempt proceedings stayed.

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Duncanson 836

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la preuve des stupéfiants en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. Ellis-Don Ltd. 840

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Disposition portant inversion de la charge de la preuve — Moyen de défense de diligence raisonnable prévue par la loi et la common law à établir par l'accusé selon la pondération des probabilités — Restriction à la présomption d'innocence justifiable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur la santé et la sécurité au travail, L.R.O. 1980, ch. 321, art. 37(1), (2).

R. c. Martin 838

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Texte législatif créant une infraction de responsabilité stricte — Restriction à la présomption d'innocence justifiable — Loi sur les licences d'exportation et d'importation, S.R.C. 1970, ch. E-17, art. 13 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

R. c. Morin 771

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de 14 mois ½ entre l'arrestation de l'accusée et son procès — Le délai a été causé uniquement par la pénurie des ressources institutionnelles — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. c. Sharma 814

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de 13 mois entre l'arrestation de l'accusé et son procès — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. c. T. (V.) 749

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Accusée reconnue coupable d'avoir proféré des menaces — La Cour d'appel a ordonné l'acquittement — Le tribunal pour adolescents peut-il refuser d'inscrire un verdict de culpabilité pour le motif que l'accusation n'aurait jamais dû être portée? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3(1), 19(2).

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

Renvoi relatif à Milgaard (Can.)..... 866

Droit criminel — Meurtre — Jeune homme déclaré coupable de meurtre en 1970 — Nouvelle preuve — Renvoi à la Cour suprême du Canada en 1991 — Le maintien de la déclaration de culpabilité de l'accusé constitue-t-elle une erreur judiciaire? — Principes directeurs appliqués par la Cour pour rendre sa décision.

Renvoi relatif à Milgaard (Can.)..... 875

Outrage au tribunal — Renvoi relatif à Milgaard — Témoin — Parjure — Arrêt des procédures pour outrage.

**The Minister of Employment and
Immigration** *Appellant and Cross-Respondent*

v.

Joseph (Giuseppe) Chiarelli *Respondent and
Cross-Appellant*

and

**The Security Intelligence Review
Committee** *Intervener*

INDEXED AS: CHIARELLI v. CANADA (MINISTER OF
EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 21920.

1991: October 28; 1992: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Immigration — Deportation — Permanent resident
convicted of serious offence and ordered deported —
Appeal to Immigration Appeal Board on compassionate
grounds barred if Security Intelligence Review Commit-
tee finding involvement with organized crime — Sum-
mary provided of Committee's in camera proceedings —
Whether infringement of s. 7 right to liberty and right
not to be deprived thereof except in accordance with
principles of fundamental justice — Immigration Act,
1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 4(2), 19(1)(d)(ii),
27(1)(d)(i), (ii), (3), (4), 32(2), 72(1)(a), (b), 82.1(1),
(2)(a), (c), (3), (4), (5), (6)(a), (b), 83(1)(a), (2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to
liberty and right not to be deprived thereof except in
accordance with principles of fundamental justice —
Deportation of permanent resident convicted of serious
crime — Appeal to Immigration Appeal Board on com-
passionate grounds barred if Security Intelligence
Review Committee finding involvement with organized
crime — Summary provided of Committee's in camera
proceedings — Whether infringement of s. 7 right to lib-*

**Le ministre de l'Emploi et de
l'Immigration** *Appelant et intimé au pourvoi
incident*

a

c.

Joseph (Giuseppe) Chiarelli *Intimé et
appelant au pourvoi incident*

b

et

**Le comité de surveillance des activités de
renseignement de sécurité** *Intervenant*

c

RÉPERTORIÉ: CHIARELLI c. CANADA (MINISTRE DE
L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

d N° du greffe: 21920.

1991: 28 octobre; 1992: 26 mars.

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

e

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Immigration — Expulsion — Expulsion d'un résident
permanent ordonnée après sa déclaration de culpabilité
d'une infraction grave — Aucune possibilité d'appel
devant la Commission d'appel de l'immigration pour
des motifs de compassion si le comité de surveillance
des activités de renseignement de sécurité conclut à la
participation à des activités criminelles organisées —
Communication du résumé de l'audience à huis clos du
comité — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté et du
droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité
avec les principes de justice fondamentale, garantis
à l'art. 7? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-
77, ch. 52, art. 4(2), 19(1)d)(ii), 27(1)d)(i), (ii), (3), (4),
32(2), 72(1)a, b, 82.1(1), (2)a, c, (3), (4), (5), (6)a,
b, 83(1)a, (2).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à
la liberté et droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en
conformité avec les principes de justice fondamentale —
Expulsion d'un résident permanent reconnu coupable
d'un crime grave — Aucune possibilité d'appel devant
la Commission d'appel de l'immigration pour des motifs
de compassion si le comité de surveillance des activités
de renseignement de sécurité conclut à la participation
à des activités criminelles organisées — Communication*

erty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment or treatment — Deportation of permanent resident convicted of serious crime — Whether infringement of s. 12 right to freedom from cruel and unusual punishment or treatment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Deportation of permanent resident convicted of serious crime — Appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds barred if Security Intelligence Review Committee finding involvement with organized crime — Whether infringement of s. 15 right to equal benefit before and under the law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.

Administrative law — Natural justice — Fair hearing — Security Intelligence Review Committee considering whether permanent resident involved with organized crime — Part of Committee hearing in camera — Background material and summary of proceedings provided — Finding of involvement with organized crime barring appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds.

This appeal called into question the constitutionality of the statutory scheme providing for the deportation of a permanent resident on conviction of a serious criminal offence. The main appeal concerned the removal of a ground of appeal from a deportation order and the procedure by which that removal is effected. The cross-appeal attacked the general statutory scheme.

Respondent was identified in an immigration report made by an immigration officer in January 1986 pursuant to s. 27 of the *Immigration Act, 1976*, as a permanent resident convicted of an offence for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed and therefore a person described in s. 27(1)(d)(ii). An adjudicator, after an inquiry attended by appellant and his counsel, found respondent to be a person described in that section and ordered him deported. The hearing of

du résumé de l'audience à huis clos du comité — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté et du droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, garantis à l'art. 7? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine ou traitement cruels et inusités — Expulsion d'un résident permanent reconnu coupable d'un crime grave — Y a-t-il eu violation du droit à la protection contre les traitements ou les peines cruels et inusités, garanti à l'art. 12? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Expulsion d'un résident permanent reconnu coupable d'un crime grave — Aucune possibilité d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration pour des motifs de compassion si le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité conclut à la participation à des activités criminelles organisées — Y a-t-il eu violation du droit, garanti à l'art. 15, au même bénéfice de la loi, laquelle ne fait exception de personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.

Droit administratif — Justice naturelle — Audience équitable — Le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité a examiné si un résident permanent participait à des activités criminelles organisées — Audience du comité tenue en partie à huis clos — Communication de renseignements généraux et d'un résumé des procédures — Une conclusion à la participation à des activités criminelles organisées exclut tout appel devant la Commission d'appel de l'immigration fondé sur des motifs de compassion.

Le pourvoi met en doute la constitutionnalité du régime législatif prévoyant l'expulsion d'un résident permanent reconnu coupable d'une infraction criminelle grave. Le pourvoi principal porte sur la suppression d'un moyen d'appel pouvant être invoqué à l'égard d'une ordonnance d'expulsion et les modalités de cette suppression. Le pourvoi incident attaque le régime législatif en général.

Dans un rapport en matière d'immigration rédigé par un agent d'immigration en janvier 1986 conformément à l'art. 27 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, l'intimé a été désigné à titre de résident permanent qui a été déclaré coupable d'une infraction et qui est passible d'au moins cinq ans de prison, donc une personne visée au sous-al. 27(1)d)(ii). À la suite d'une enquête à laquelle ont comparu l'appelant et son avocat, l'arbitre a décidé que l'intimé était une personne visée au sous-ali-

respondent's appeal to the Immigration Appeal Board against the deportation order, brought pursuant to s. 72(1), was adjourned after the Solicitor General and the Minister of Employment and Immigration made a joint report to the Security Intelligence Review Committee pursuant to s. 82.1(2) indicating respondent to be a person reasonably likely to engage in organized crime.

The Review Committee conducted the required investigation and held a hearing. Prior to the hearing respondent was provided with a document giving background information as to the hearing and summaries of information. A summary of the evidence taken in *in camera* proceedings of this hearing and provided to respondent indicated that evidence was led that respondent, together with certain named individuals, was a member of a criminal organization which engaged in extortion and drug related activities and that respondent personally took part in the extortion and drug related activities of the organization. The information made available to respondent and the criminal records of respondent and his associates were before the Committee when he appeared and was asked to respond. Counsel for respondent objected to the fairness and constitutionality of the proceeding.

The Review Committee reported to the Governor in Council, pursuant to s. 82.1(6)(a), that respondent was a person there are reasonable grounds to believe will engage in organized crime as described in s. 19(1)(d)(ii). The Governor in Council adopted the conclusion of the Review Committee and directed the appellant Minister to issue a certificate under s. 83(1) with respect to respondent's appeal to the Immigration Appeal Board from the deportation order. This certificate was issued, with the result that respondent's appeal would have to be dismissed in so far as it was brought pursuant to s. 72(1)(b).

The hearing of the appeal was adjourned when respondent gave notice that he intended to raise constitutional questions before the Board and three questions were referred to the Federal Court of Appeal for determination. The court found that: (1) ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) of the *Immigration Act, 1976*, did not infringe ss. 7, 12 or 15 of the *Charter*; (2) ss. 82.1 and 83 did not infringe ss. 12 or 15 of the *Charter* but the question as to whether they contravened s. 7 was not a question that the Board could refer to the Court pursuant to s. 28(4) of

néa en question et a ordonné son expulsion. L'audition de l'appel attaquant l'ordonnance d'expulsion, interjeté par l'intimé devant la Commission d'appel de l'immigration en vertu du par. 72(1), a été ajournée après que le solliciteur général et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration eurent fait conjointement au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, conformément au par. 82.1(2), un rapport indiquant que l'intimé était une personne au sujet de laquelle il existait de bonnes raisons de croire qu'elle se livrerait probablement à des activités criminelles organisées.

Le comité de surveillance a mené l'enquête prescrite et a tenu une audience. Antérieurement à celle-ci, on a communiqué à l'intimé un document contenant des renseignements généraux relatifs à l'audience, ainsi que des résumés de renseignements. Il ressort d'un résumé de la preuve produite lors de l'audience à huis clos, qui a été mis à la disposition de l'intimé, que celui-ci et certains autres individus nommément désignés appartenaient à une organisation criminelle qui se livrait à l'extorsion et à des activités liées aux stupéfiants, et que l'intimé lui-même a participé à cette extorsion et aux autres activités. Lorsque l'intimé a comparu devant le comité et que la possibilité de répondre lui a été offerte, le comité disposait des renseignements communiqués à l'intimé et des casiers judiciaires de celui-ci et de ses associés. L'avocat de l'intimé a contesté l'équité et la constitutionnalité de la procédure.

Le comité de surveillance a fait rapport au gouverneur en conseil, conformément à l'al. 82.1(6)a, lui indiquant que l'intimé était une personne, visée au sous-al. 19(1)d(ii), au sujet de laquelle il existait de bonnes raisons de croire qu'elle se livrerait à des activités criminelles organisées. Le gouverneur en conseil a retenu la conclusion du comité de surveillance et a ordonné au ministre appelant de délivrer une attestation visée au par. 83(1) relativement à l'appel interjeté par l'intimé devant la Commission d'appel de l'immigration contre l'ordonnance d'expulsion. L'attestation a été délivrée, rendant ainsi obligatoire le rejet de l'appel de l'intimé dans la mesure où il était fondé sur l'al. 72(1)b.

L'audition de l'appel a été ajournée lorsque l'intimé a signifié son intention de soulever des questions constitutionnelles devant la Commission. Trois questions lui ayant donc été renvoyées pour jugement, la Cour d'appel fédérale a conclu: (1) que le sous-al. 27(1)d(ii) et le par. 32(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne violaient pas les art. 7, 12 ou 15 de la *Charte*; (2) que les art. 82.1 et 83 ne violaient pas les art. 12 ou 15 de la *Charte*, mais que la question de savoir si ces articles violaient l'art. 7 n'était pas une question que la Com-

the *Federal Court Act*; and (3) the Board would, in relying upon the certificate, violate respondent's rights under s. 7 and this violation was not justified under s. 1.

The constitutional questions stated in this Court queried whether: (1) ss. 82.1 and 83 of the *Immigration Act, 1976* infringed s. 7 of the *Charter*, and if so, whether that infringement was justified under s. 1; (2) whether reliance upon the certificate authorized by s. 83 of the Act filed in respondent's case infringed s. 7 because the process followed by the Security Intelligence Review Committee did not meet the requirements of s. 7.

The respondent in the main appeal was granted leave to cross-appeal, and the constitutional questions stated there queried whether ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) of the Act infringed ss. 7, 12 and 15 of the *Charter* in that they required the deportation of persons convicted of an offence carrying a maximum punishment of five years or more, without reference to the circumstances of the offence or the offender, and if so, whether that infringement was justified under s. 1.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed. With respect to the main appeal, assuming without deciding that s. 7 is applicable, ss. 82.1 and 83 of the *Immigration Act, 1976*, do not infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and reliance upon the certificate authorized by s. 83 of the *Immigration Act, 1976*, did not result in an infringement of s. 7 having regard to the process followed by the Security Intelligence Review Committee. With respect to the cross-appeal, the requirement that persons convicted of an offence carrying a maximum punishment of five years or more be deported, without reference to the circumstances of the offence or the offender, does not offend s. 15, or ss. 7 or 12 assuming without deciding that these sections applied.

The Court must look to the principles and policies underlying immigration law in determining the scope of principles of fundamental justice as they apply here. The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country. The common law recognizes no

mission pouvait soumettre à la Cour en vertu du par. 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*; et (3) que la Commission, en se fondant sur l'attestation, porterait atteinte aux droits reconnus à l'intimé par l'art. 7 et que cette atteinte n'était pas justifiée par l'article premier.

Les questions constitutionnelles formulées par la Cour sont celles de savoir: (1) si les art. 82.1 et 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976* violent l'art. 7 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée par l'article premier; (2) si le fait de s'en remettre à l'attestation autorisée par l'art. 83 de la *Loi* et produite dans le cas de l'intimé viole l'art. 7 pour le motif que la procédure suivie par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité n'a pas satisfait aux exigences de l'art. 7.

L'intimé au pourvoi principal s'est vu accorder l'autorisation de former un pourvoi incident et les questions constitutionnelles formulées dans le cadre de celui-ci sont de savoir si le sous-al. 27(1)(d)(ii) et le par. 32(2) de la *Loi* violent les art. 7, 12 et 15 de la *Charte* du fait qu'ils prescrivent l'expulsion des personnes déclarées coupables d'une infraction assortie d'une peine d'au moins cinq ans de prison, indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant et, dans l'affirmative, si cette violation est justifiée par l'article premier.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident rejeté. En ce qui concerne le pourvoi principal, à supposer, sans trancher le point, que l'art. 7 soit applicable, les art. 82.1 et 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne portent pas atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le fait de s'en remettre à l'attestation autorisée par l'art. 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976* n'entraîne pas une violation de l'art. 7 relativement à la procédure suivie par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. En ce qui concerne le pourvoi incident, l'exigence que les personnes déclarées coupables d'une infraction assortie d'une peine d'au moins cinq ans de prison soient expulsées indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant ne va pas à l'encontre de l'art. 15 ni des art. 7 ou 12, à supposer, sans trancher le point, que ces deux derniers articles soient applicables.

La Cour doit tenir compte des principes et des politiques qui sous-tendent le droit de l'immigration pour déterminer la portée des principes de justice fondamentale en tant qu'ils s'appliquent en l'espèce. Le principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au

such right and the *Charter* recognizes the distinction between citizens and non-citizens. While permanent residents are given the right to move to, take up residence in, and pursue the gaining of a livelihood in any province in s. 6(2), only citizens are accorded the right "to enter, remain in and leave Canada" in s. 6(1). Parliament therefore has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. It has done so in the *Immigration Act*.

A permanent resident has a right to remain in Canada only if he or she has not been convicted of a more serious offence — one for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed. This condition represents a legitimate, non-arbitrary choice by Parliament of a situation in which it is not in the public interest to allow a non-citizen to remain in the country. All persons falling within the class of permanent residents described in s. 27(1)(d)(ii) have deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada. Fundamental justice is not breached by deportation: it is the only way to give practical effect to the termination of a permanent resident's right to remain in Canada. Compliance with fundamental justice does not require that other aggravating or mitigating circumstances be considered.

The deportation authorized by ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) was not cruel and unusual. The standards of decency are not outraged by the deportation of a permanent resident who has deliberately violated an essential condition of his or her being permitted to remain in Canada by committing a serious criminal offence. Rather, those standards would be outraged if individuals granted conditional entry into Canada were permitted to violate those conditions deliberately and without consequence.

A deportation scheme applicable to permanent residents, but not to citizens, does not infringe s. 15 of the *Charter*. Section 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and permanent residents in this regard. While permanent residents are given various mobility rights in s. 6(2), only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada in s. 6(1).

pays ou d'y demeurer. La common law ne reconnaît aucun droit de ce genre et la distinction entre citoyens et non-citoyens est reconnue dans la *Charte*. Bien que le par. 6(2) accorde aux résidents permanents le droit de se déplacer dans tout le pays, d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, seuls les citoyens ont le droit «de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir», que garantit le par. 6(1). Le Parlement a donc le droit d'adopter une politique en matière d'immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu'il leur soit permis d'entrer au Canada et d'y demeurer. C'est ce qu'il a fait dans la *Loi sur l'immigration*.

Un résident permanent n'a le droit de demeurer au Canada que s'il n'a pas été déclaré coupable d'une infraction relativement grave, c'est-à-dire d'une infraction punissable d'au moins cinq ans de prison. Cette condition traduit un choix légitime et non arbitraire fait par le législateur d'un cas où il n'est pas dans l'intérêt public de permettre à un non-citoyen de rester au pays. Toutes les personnes qui entrent dans la catégorie des résidents permanents mentionnés au sous-al. 27(1)(d)(ii) ont manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada. L'expulsion ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale: elle constitue l'unique façon de mettre effectivement fin au droit des résidents permanents de demeurer au Canada. Point n'est besoin, pour se conformer aux exigences de la justice fondamentale, de tenir compte d'autres circonstances aggravantes ou atténuantes.

L'expulsion autorisée par le sous-al. 27(1)(d)(ii) et le par. 32(2) n'est ni cruelle ni inusitée. L'expulsion d'un résident permanent qui, en commettant une infraction criminelle grave, a délibérément violé une condition essentielle pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada, n'est pas incompatible avec la dignité humaine. Au contraire, c'est précisément le fait de permettre que les personnes ayant pu entrer au Canada sous condition violent délibérément et impunément ces conditions qui serait incompatible avec cette dignité.

Un régime d'expulsion qui s'applique aux résidents permanents, mais non aux citoyens n'enfreint pas l'art. 15 de la *Charte*. L'article 6 de celle-ci prévoit expressément un traitement différent à cet égard pour les citoyens et les résidents permanents. Si les résidents permanents jouissent aux termes du par. 6(2) de certains droits à la liberté de circulation, seuls les citoyens se voient conférer au par. 6(1) le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

The effect of the certificate under s. 83 was to direct the Immigration Appeal Board to dismiss any appeal made on compassionate grounds pursuant to s. 72(1)(b) and so limit the appeal to questions of fact or law or mixed fact and law. Neither the substantive provisions nor the procedure followed by the Review Committee resulted in a s. 7 violation.

The impugned legislation is consistent with s. 7 of the *Charter*. Section 7 does not mandate the provision of a compassionate appeal from a decision which comports with principles of fundamental justice. The right to appeal from the adjudicator's decision, first to the Board on questions of fact or law or mixed fact and law, and then to the Federal Court of Appeal with leave on questions of law, offers ample protection to an individual from an erroneous decision by the adjudicator and clearly satisfies the principles of fundamental justice. The absence of an appeal on wider grounds than those on which the initial decision was based does not violate s. 7. There has never been a universally available right of appeal from a deportation order on "all the circumstances of the case".

The scope of principles of fundamental justice will vary with the context and the interests at stake. Similarly, the rules of natural justice and the concept of procedural fairness, which may inform principles of fundamental justice in a particular context, are not fixed standards. In assessing whether a procedure accords with fundamental justice, it may be necessary to balance competing interests of the state and the individual.

Assuming that the proceedings before the Review Committee were subject to the principles of fundamental justice, those principles were observed, having regard to the information disclosed to respondent, the procedural opportunities available to him, and the competing interests at play in this area.

In the context of hearings conducted by the Review Committee pursuant to a joint report, an individual has an interest in a fair procedure since the Committee's investigation may result in its recommending to the Governor in Council that a s. 83 certificate issue, removing an appeal on compassionate grounds. However, the state also has a considerable interest in effec-

L'attestation visée à l'art. 83 a pour effet d'obliger la Commission d'appel de l'immigration à rejeter un appel invoquant des motifs de compassion interjeté en vertu de l'al. 72(1)b), de sorte que l'appel ne porte alors que sur des questions de fait ou de droit ou des questions mixtes de fait et de droit. Ni les dispositions de fond ni la procédure suivie par le comité de surveillance n'ont entraîné une violation de l'art. 7.

Les dispositions législatives contestées sont compatibles avec l'art. 7 de la *Charte*. Celui-ci ne commande pas que soit accordée la possibilité d'un appel, fondé sur des motifs de compassion, contre une décision qui est conforme aux principes de justice fondamentale. Le droit d'interjeter appel de la décision de l'arbitre, d'abord devant la Commission sur des questions de fait ou de droit ou une question mixte de droit et de fait, et ensuite devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit, à condition d'en avoir obtenu l'autorisation, offre aux particuliers une large protection contre une décision erronée de l'arbitre et satisfait donc manifestement aux exigences de la justice fondamentale. L'absence d'un appel fondé sur des moyens dont la portée est plus large que celle des motifs sur lesquels reposait la décision initiale ne constitue pas une violation de l'art. 7. Un droit universel d'interjeter contre une ordonnance d'expulsion un appel fondé sur les «circonstances de l'espèce» n'a jamais existé.

La portée des principes de justice fondamentale varie selon le contexte et la nature des intérêts en jeu. De même, les règles de justice naturelle et le concept de l'équité procédurale, qui peuvent dans un contexte donné faire partie des principes de justice fondamentale, ne constituent pas des normes figées. Pour vérifier la conformité d'une procédure avec la justice fondamentale, il peut être nécessaire de sopeser les intérêts opposés de l'État et du particulier.

Dans l'hypothèse où les procédures devant le comité de surveillance seraient assujetties aux principes de justice fondamentale, ceux-ci ont été respectés eu égard aux renseignements qui ont été communiqués à l'intimé, aux possibilités qui s'offraient à lui sur le plan de la procédure et aux intérêts qui entrent en concurrence dans ce domaine.

Dans le contexte d'audiences tenues par le comité de surveillance par suite d'un rapport conjoint, le particulier a intérêt à ce que la procédure soit équitable puisque le comité peut, au terme de son enquête, recommander au gouverneur en conseil la délivrance d'une attestation visée à l'art. 83, laquelle écarte la possibilité d'un appel fondé sur des motifs de compassion. Cependant, l'État a

tively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources. The *Canadian Security Intelligence Service Act* and the Security Intelligence Review Committee Rules recognize the competing individual and state interests and attempt to find a reasonable balance between them. The Rules expressly direct that the Committee's discretion be exercised with regard to this balancing of interests.

The various documents given respondent provided sufficient information to know the substance of the allegations against him, and to be able to respond. It was not necessary, in order to comply with fundamental justice in this context, that respondent also be given details of the criminal intelligence investigation techniques or police sources used to acquire that information.

Cases Cited

Referred to: *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *R. v. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All E.R. 741; *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Reference as to the effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269; *Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 594; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball*, [1977] 3 All E.R. 452; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Ross v. Kent Inst.* (1987), 57 C.R. (3d) 79.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1), (2)(a), (b), 7, 12, 15(1).

a aussi grandement intérêt à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police. La *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et les règles du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité reconnaissent l'existence des intérêts opposés des particuliers et de l'État et tentent d'établir un équilibre raisonnable entre ces intérêts. Les règles exigent expressément en effet b que le comité exerce son pouvoir discrétionnaire dans l'établissement de cet équilibre.

c Les différents documents donnés à l'intimé renfermaient suffisamment de renseignements pour le mettre au courant de la substance des actes qu'on lui reprochait et pour lui permettre de répondre. La justice fondamentale n'exige nullement dans ce contexte que soient également donnés à l'intimé des détails concernant les méthodes d'enquête sur la criminalité ou les sources auxquelles la police a eu recours pour obtenir ces renseignements. d

Jurisprudence

e **Arrêts mentionnés:** *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *R. c. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All E.R. 741; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Reference as to the effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; *Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 594; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball*, [1977] 3 All E.R. 452; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Ross c. Kent Inst.* (1987), 57 C.R. (3d) 79. i

Lois et règlements cités

j *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 6(1), (2)(a), (b), 7, 12, 15(1).

Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 43, 44, 48(2), 48 to 51.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 331(1)(a).

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(4).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 4(2), 19(1)(d)(ii), 27(1)(d)(i), (ii), (3), (4), 32(2), 72(1)(a), (b) [am. S.C. 1984, c. 21, s. 81], 82.1(1), (2)(a), (c), (3), (4), (5), (6)(a), (b) [am. S.C. 1984, c. 21, s. 84], 83(1)(a), (2) [am. S.C. 1984, c. 21, s. 84].

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 4(2).

Security Intelligence Review Committee Rules, ss. 48(1), (2), (3), (4), 45 to 51.

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 331(1)a).

Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 28(4).

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21, art. 43, 44, 48(2), 48 à 51.

^a *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 4(2).

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, ss. 4(2), 19(1)(d)(ii), 27(1)(d)(i), (ii) [mod. S.C. 1984, ch. 40, art. 79(2)], (3), (4), 32(2), 72(1)a), b) [mod. S.C. 1984, ch. 21, art. 81], 82.1(1), (2)a), c), (3), (4), (5), (6)a), b) [mod. S.C. 1984, ch. 21, art. 84], 83(1)a), (2) [mod. S.C. 1984, ch. 21, art. 84].

^b *Règles du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité*, art. 48(1), (2), (3), (4), 45 à 51.

Authors Cited

Canada. Department of Employment and Immigration. *White Paper on Immigration*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

Concise Oxford Dictionary. Oxford: Oxford University Press, 1990.

Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1990.

^c Doctrine citée

Canada. Ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. *Livre blanc sur l'immigration*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.

^d *Concise Oxford Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

Petit Robert 1. Paris: Le Robert, 1990.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 299, 67 D.L.R. (4th) 697, 107 N.R. 107, 1 C.R.R. (2d) 230, 10 Imm. L.R. (2d) 137, 42 Admin. L.R. 189. Appeal allowed and cross-appeal dismissed. With respect to the main appeal, assuming without deciding that s. 7 is applicable, ss. 82.1 and 83 of the *Immigration Act, 1976*, do not infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and reliance upon the certificate authorized by s. 83 of the *Immigration Act, 1976*, did not result in an infringement of s. 7 having regard to the process followed by the Security Intelligence Review Committee. With respect to the cross-appeal, the requirement that persons convicted of an offence carrying a maximum punishment of five years or more be deported, without reference to the circumstances of the offence or the offender, does not offend s. 15, or ss. 7 or 12 assuming without deciding that these sections applied.

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 299, 67 D.L.R. (4th) 697, 107 N.R. 107, 1 C.R.R. (2d) 230, 10 Imm. L.R. (2d) 137, 42 Admin. L.R. 189. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté. En ce qui concerne le pourvoi principal, à supposer, sans trancher le point, que l'art. 7 soit applicable, les art. 82.1 et 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne portent pas atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le fait de s'en remettre à l'attestation autorisée par l'art. 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976* n'entraîne pas une violation de l'art. 7 relativement à la procédure suivie par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. En ce qui concerne le pourvoi incident, l'exigence que les personnes déclarées coupables d'une infraction assortie d'une peine d'au moins cinq ans de prison soient expulsées indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant ne va pas à l'encontre de l'art. 15 ni des art. 7 ou 12, à supposer, sans trancher le point, que ces deux derniers articles soient applicables.

^j *David Sgayias, Q.C.*, and *Gerry N. Sparrow*, for the appellant.

David Sgayias, c.r., et *Gerry N. Sparrow*, pour l'appellant.

Irwin Koziembrocki and David Schermbrucker,
for the respondent.

Simon Noël and Sylvie Roussel, for the inter-
vener.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal calls into question the constitutionality of the statutory scheme pursuant to which a permanent resident can be deported from Canada if, upon the report of an immigration officer and following an inquiry, he is found to have been convicted of an offence for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed. The scheme is attacked on the grounds that it violates ss. 7 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A further attack, based on s. 7 of the *Charter*, is brought against the interaction of that scheme with investigations conducted by the Security Intelligence Review Committee into the activities of persons reasonably believed to be involved in certain types of criminal or subversive activity.

I. The Legislative Scheme

This appeal requires the Court to consider the operation of a comprehensive legislative scheme which governs the deportation of permanent residents who have been convicted of certain criminal offences. I find it convenient to reproduce the relevant provisions at the outset. The provisions are those that were in force when these proceedings were commenced by the inquiry before the adjudicator. Since that time, several of the section numbers have been amended and there have been other minor amendments such as the consolidation of two subsections into one. However the substance of the provisions relevant to this appeal remains the same. (See *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2).

Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21

Irwin Loziembrocki et David Schermbrucker, pour l'intimé.

Simon Noël et Sylvie Roussel, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi met en doute la constitutionnalité du régime législatif en vertu duquel un résident permanent peut être expulsé du Canada si l'on constate, au vu du rapport d'un agent d'immigration et à la suite d'une enquête, qu'il a été déclaré coupable d'une infraction qui peut être punissable d'au moins cinq ans d'emprisonnement. On reproche au régime en cause qu'il viole les art. 7 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une autre attaque, fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, vise le rôle que joue le régime dans les enquêtes menées par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité sur les activités de personnes soupçonnées, pour des motifs raisonnables, d'être impliquées dans certains types d'activités criminelles ou subversives.

f I. Le régime législatif

La Cour est appelée en l'espèce à examiner l'application d'un régime législatif complet régissant l'expulsion de résidents permanents reconnus coupables de certaines infractions criminelles. Je crois qu'il est utile de reproduire au départ les dispositions pertinentes, soit celles en vigueur au moment où l'instance a été engagée au moyen de l'enquête qu'a menée l'arbitre. Depuis lors, la numérotation de plusieurs articles a été modifiée et ceux-ci ont subi d'autres modifications mineures, notamment la réunion de deux paragraphes en un seul. Pour l'essentiel, toutefois, les dispositions pertinentes aux fins du présent pourvoi sont restées inchangées. (Voir *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2).

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, modifiée par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21

4. ...
- (2) Subject to any other Act of Parliament, a Canadian citizen, a permanent resident and a Convention refugee while lawfully in Canada have a right to remain in Canada except where
- (a) in the case of a permanent resident, it is established that that person is a person described in subsection 27(1);
19. (1) No person shall be granted admission if he is a member of any of the following classes:
- ...
- (d) persons who there are reasonable grounds to believe will
- ...
- (ii) engage in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence that may be punishable under any Act of Parliament by way of indictment;
27. (1) Where an immigration officer or peace officer has in his possession information indicating that a permanent resident is a person who
- ...
- (d) has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of
- (i) more than six months has been imposed, or
- (ii) five years or more may be imposed,
- ...
- he shall forward a written report to the Deputy Minister setting out the details of such information.
- (3) Subject to any order or direction of the Minister, the Deputy Minister shall, on receiving a report pursuant to subsection (1) or (2), and where he considers that an inquiry is warranted, forward a copy of that report and a direction that an inquiry be held to a senior immigration officer.
- (4) Where a senior immigration officer receives a copy of a report and a direction pursuant to subsection (3), he shall, as soon as reasonably practicable, cause an inquiry to be held concerning the person with respect to whom the report was made.
4. ...
- (2) Sous réserve des lois du Parlement, le citoyen canadien, le résident permanent ainsi que le réfugié au sens de la Convention qui se trouve légalement au Canada, ont le droit d'y demeurer à l'exception
- a) du résident permanent visé au paragraphe 27(1);
19. (1) Ne sont pas admissibles
- ...
- d) les personnes au sujet desquelles il existe de bonnes raisons de croire qu'elles
- ...
- (ii) se livreront à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert pour commettre une infraction qui peut être punissable par voie de mise en accusation en vertu d'une loi du Parlement;
27. (1) Tout agent d'immigration ou agent de la paix, en possession de renseignements indiquant qu'un résident permanent
- ...
- d) a été déclaré coupable d'une infraction prévue par une loi du Parlement
- (i) pour laquelle une peine d'emprisonnement de plus de six mois a été infligée, ou
- (ii) punissable d'au moins cinq ans de prison,
- ...
- doit adresser un rapport écrit et circonstancié au sous-ministre à ce sujet.
- (3) Sous réserve des instructions ou directives du Ministre, le sous-ministre saisi d'un rapport visé aux paragraphes (1) ou (2), doit, au cas où il estime que la tenue d'une enquête s'impose, adresser à un agent d'immigration supérieur une copie de ce rapport et une directive prévoyant la tenue d'une enquête.
- (4) L'agent d'immigration supérieur qui reçoit le rapport et la directive visés au paragraphe (3), doit, dès que les circonstances le permettent, faire tenir une enquête sur la personne en question.

32. ...

(2) Where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry is a permanent resident described in subsection 27(1), he shall, subject to subsections 45(1) and 47(3) [convention refugee], make a deportation order against that person.

72. (1) Subject to subsection (3), where a removal order is made against a permanent resident ... that person may appeal to the Board on either or both of the following grounds, namely,

(a) on any ground of appeal that involves a question of law or fact, or mixed law and fact; and

(b) on the ground that, having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada.

82.1 (1) In this section and section 83, "Review Committee" has the meaning assigned to that expression by the *Canadian Security Intelligence Service Act*.

(2) Where the Minister and the Solicitor General are of the opinion, based on security or criminal intelligence reports received and considered by them, that

(a) a person who has made ... an appeal pursuant to paragraph 72(1)(b) ...

is a person described,

(c) in the case of a permanent resident, in subparagraph 19(1)(d)(ii) or paragraph 19(1)(e) or (g) or 27(1)(c),

they may make a report to the Review Committee and shall, within ten days after the report is made, cause a notice to be sent informing the person who made the appeal of the report and stating that following an investigation in relation thereto, the appeal may be dismissed.

(3) Where a report is made to the Review Committee pursuant to subsection (2), the Review Committee shall investigate the grounds on which it is based and for that purpose subsections 39(2) and (3) and sections 43, 44 and 48 to 51 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* apply, with such modifications as the circumstances require, to the investigation as if the investigation were conducted in relation to a complaint made pursuant to section 42 of the Act, except that

32. ...

(2) L'arbitre, après avoir conclu que la personne faisant l'objet d'une enquête est un résident permanent visé au paragraphe 27(1), doit, sous réserve des paragraphes 45(1) et 47(3) [réfugié au sens de la Convention], en prononcer l'expulsion.

72. (1) Sous réserve du paragraphe (3), toute personne frappée d'une ordonnance de renvoi qui est [...] un résident permanent [...] peut interjeter appel devant la Commission en invoquant l'un des deux motifs suivants, ou les deux:

a) un moyen d'appel comportant une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait;

b) le fait que, compte tenu des circonstances de l'espèce, elle ne devrait pas être renvoyée du Canada.

82.1 (1) Au présent article et à l'article 83, «comité de surveillance» s'entend au sens de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

(2) Dans le cas où le Ministre et le solliciteur général sont d'avis, à la lumière des rapports secrets qu'ils détiennent en matière de sécurité ou de criminalité:

a) qu'une personne qui a fait [...] un appel en vertu [de l'alinéa] 72(1)(b) ...

est une personne visée

c) dans le cas d'un résident permanent, au sous-alinéa 19(1)d)(ii) ou à l'un des alinéas 19(1)e) ou g), ou 27(1)c),

ils peuvent faire un rapport au comité de surveillance et doivent, dans les dix jours suivant le rapport, faire envoyer un avis pour informer l'appelant du rapport et lui indiquer qu'à la suite d'une enquête sur ce rapport, l'appel peut être rejeté.

(3) Lorsqu'un rapport lui est transmis en conformité avec le paragraphe (2), le comité de surveillance fait enquête sur les motifs sur lesquels il est fondé et, à cette fin, les paragraphes 39(2) et (3) et les articles 43, 44 et 48 à 51 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à l'enquête comme s'il s'agissait d'une enquête relative à une plainte présentée en vertu de l'article 42 de cette loi, sauf

(a) a reference in any of those provisions, to “deputy head” shall be read as a reference to the Minister and the Solicitor General; and

(b) paragraph 50(a) of that Act does not apply with respect to the person concerning whom the report is made. ^a

(4) The Review Committee shall, as soon as practicable after a report is made to it pursuant to subsection (2), send to the person who made the appeal referred to in that subsection a statement summarizing such information available to it as will enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the report. ^b

(5) Notwithstanding anything in this Act, where a report concerning any person is made to the Review Committee pursuant to subsection (2), the hearing of an appeal concerning the person . . . pursuant to paragraph 72(1)(b) . . . shall be adjourned until the Review Committee has, pursuant to subsection (6), made a report to the Governor in Council with respect to that person and the Governor in Council has made a decision in relation thereto. ^c

(6) The Review Committee shall, ^e

(a) on completion of an investigation in relation to a report made to it pursuant to subsection (2), make a report to the Governor in Council containing its conclusion whether or not a certificate should be issued under subsection 83(1) and the grounds on which that conclusion is based; and ^f

(b) at the same time as or after a report is made pursuant to paragraph (a), provide the person who made the appeal referred to in subsection (2) with a report containing the conclusion referred to in that paragraph. ^g

83. (1) Where, after considering a report made by the Review Committee referred to in paragraph 82.1(6)(a), the Governor in Council is satisfied that a person referred to in paragraph 82.1(2)(a) . . . is a person described ^h

(a) in the case of a permanent resident, in subparagraph 19(1)(d)(ii) or paragraph 19(1)(e) or (g) or 27(1)(c), ⁱ

. . .

the Governor in Council may direct the Minister to issue a certificate to that effect.

(2) Notwithstanding anything in this Act, the Board shall dismiss any appeal made . . . pursuant to paragraph ^j

a) qu’un renvoi, dans l’une de ces dispositions, à l’administrateur général vaut renvoi au Ministre et au solliciteur général;

b) que l’alinéa 50(a) de cette loi ne s’applique pas à la personne que vise le rapport.

(4) Afin de permettre à l’appelant d’être informé de la façon la plus complète possible des circonstances qui ont donné lieu au rapport, le comité de surveillance lui envoie, dans les plus brefs délais possible après réception du rapport, un résumé des informations dont il dispose à ce sujet.

(5) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, lorsqu’un rapport est transmis au comité de surveillance en vertu du paragraphe (2), l’audition d’un appel concernant la personne [. . .] fait en vertu [de l’alinéa] 72(1)(b) [. . .] doit être suspendue jusqu’à ce qu’un rapport à ce sujet ait été remis par le comité de surveillance au gouverneur en conseil en vertu du paragraphe (6) et que celui-ci ait pris une décision à cet égard.

(6) Le comité de surveillance:

a) à l’issue d’une enquête sur un rapport qui lui est transmis en vertu du paragraphe (2), envoie au gouverneur en conseil un rapport contenant ses conclusions sur le fait de savoir si une attestation devrait ou non être délivrée en vertu du paragraphe 83(1) et les motifs sur lesquels elles s’appuient;

b) en même temps ou plus tard, envoie à l’appelant un rapport contenant les conclusions visées à l’alinéa a).

83. (1) Dans le cas où il est d’avis, après étude du rapport du comité de surveillance visé à l’alinéa 82.1(6)(a), qu’une personne mentionnée à l’alinéa 82.1(2)(a) [. . .] est une personne visée

a) dans le cas d’un résident permanent, au sous-alinéa 19(1)(d)(ii) ou à l’un des alinéas 19(1)(e) ou (g), ou 27(1)(c),

. . .

le gouverneur en conseil peut ordonner au Ministre de délivrer une attestation à cet effet.

(2) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, la Commission doit rejeter tout appel fait [. . .]

72(1)(b) . . . if a certificate referred to in subsection (1), signed by the Minister, is filed with the Board.

Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21 (now R.S.C., 1985, c. C-23)

48. . . .

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Part by the Review Committee, the complainant, deputy head concerned and the Director shall be given an opportunity to make representations to the Review Committee, to present evidence and to be heard personally or by counsel, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Review Committee by any other person.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

6. (1) Every citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.

(2) Every citizen of Canada and every person who has the status of a permanent resident of Canada has the right

(a) to move to and take up residence in any province; and

(b) to pursue the gaining of a livelihood in any province.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

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

II. Facts and Proceedings

The respondent, Joseph (Giuseppe) Chiarelli, was born in Italy in 1960. He received landed immigrant status upon his arrival in Canada in

en vertu [de l'alinéa] 72(1)(b) [. . .] si une attestation visée au paragraphe (1), signée par le Ministre, lui est remise.

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-23)

48. . . .

(2) Au cours d'une enquête relative à une plainte présentée en vertu de la présente partie, le plaignant, le directeur et l'administrateur général concerné doivent avoir la possibilité de présenter des observations et des éléments de preuve au comité de surveillance ainsi que d'être entendu en personne ou par l'intermédiaire d'un avocat; toutefois nul n'a le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au comité, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet.

d *Charte canadienne des droits et libertés*

6. (1) Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir.

(2) Tout citoyen canadien et toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada ont le droit:

a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province;

b) de gagner leur vie dans toute province.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

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

II. Les faits et les procédures

L'intimé, Joseph (Giuseppe) Chiarelli, est né en Italie en 1960. Dès son arrivée au Canada en 1975 il a obtenu le droit d'établissement dans ce pays.

1975. On November 1, 1984, the respondent pleaded guilty to unlawfully uttering threats to cause injury, contrary to s. 331(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, an offence punishable by a maximum of ten years' imprisonment. He received a suspended sentence. On November 5, 1984, he pleaded guilty to possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, as amended, which carries a maximum sentence of life imprisonment. He was sentenced to six months' imprisonment. In January of 1986, Immigration Officer A. Zografos signed a report pursuant to s. 27 of the *Immigration Act, 1976* ("the Act"), identifying the respondent as a permanent resident described in s. 27(1)(d)(ii), that is, a permanent resident who has been convicted of an offence for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed.

As a result of this report, an inquiry was directed pursuant to s. 27(3) of the Act. The respondent was notified of this inquiry and attended. At the conclusion of the inquiry on May 7, 1986, Adjudicator J. E. McNamara determined, relying on the *Narcotic Control Act* conviction, that the respondent was a person described in s. 27(1)(d)(ii). He therefore made a deportation order against the respondent pursuant to s. 32(2). The hearing of the respondent's appeal to the Immigration Appeal Board against the deportation order, brought pursuant to s. 72(1) (now R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(1)), was adjourned after the Solicitor General and the Minister of Employment and Immigration made a joint report to the Security Intelligence Review Committee (the "Review Committee") pursuant to s. 82.1(2) (now s. 81(2)). The report indicated that in the opinion of the ministers, the respondent was a person described in s. 19(1)(d)(ii), that is, a person who there are reasonable grounds to believe will engage in activity that is part of a pattern of organized criminal activity.

Le 1^{er} novembre 1984, l'intimé a plaidé coupable d'avoir proféré des menaces de causer des blessures, infraction prévue à l'al. 331(1)a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, modifié, et sanctionnée par une peine maximale de dix ans d'emprisonnement. Il a été condamné avec sursis. Le 5 novembre 1984, il s'est avoué coupable de possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic, infraction prévue au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1, modifiée, et comportant une peine maximale d'emprisonnement à perpétuité. Il a été condamné à six mois d'emprisonnement. En janvier 1986, l'agent d'immigration A. Zografos a signé, conformément à l'art. 27 de la *Loi sur l'immigration de 1976* («la Loi»), un rapport désignant l'intimé à titre de résident permanent visé au sous-al. 27(1)d)(ii), c'est-à-dire, un résident permanent qui a été déclaré coupable d'une infraction et est passible d'au moins cinq ans de prison.

Par suite de ce rapport, la tenue d'une enquête a été ordonnée en vertu du par. 27(3) de la Loi. L'intimé a été informé de cette enquête et y a comparu. Au terme de l'enquête, le 7 mai 1986, l'arbitre J. E. McNamara a décidé, sur la foi du verdict de culpabilité prononcé en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, que l'intimé était en effet une personne visée au sous-al. 27(1)d)(ii). Il a en conséquence prononcé l'expulsion de l'intimé conformément au par. 32(2). L'audition de l'appel attaquant l'ordonnance d'expulsion, interjeté par l'intimé devant la Commission d'appel de l'immigration en vertu du par. 72(1) (maintenant L.R.C. (1985), ch. I-2, par. 70(1)), a été ajournée après que le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le solliciteur général eurent fait conjointement un rapport au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (le «comité de surveillance») conformément au par. 82.1(2) (maintenant le par. 81(2)). D'après ce rapport, les ministres estimaient que l'intimé était une personne visée au sous-al. 19(1)d)(ii), c'est-à-dire, une personne au sujet de laquelle il existe de bonnes raisons de croire qu'elle se livrera à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées.

Upon receipt of the joint report, the Review Committee conducted the required investigation and a hearing was held on September 2 and 3, 1987. Prior to this hearing the respondent was provided with a document entitled "Statement of Circumstances giving rise to the making of a Report by the Solicitor General of Canada and the Minister of Employment and Immigration to the Security Intelligence Review Committee", as well as two summaries of information. The first was a document entitled "Chronology of Information and Occurrences Relating to Giuseppe Chiarelli" and consisted of an extensive summary of surveillance of the respondent. The second document was entitled "Summary of Interpretation of Intercepted Private Communications Relating to the Murder of Domenic Racco". The first day of the hearing was held *in camera* and a summary of the evidence provided to the respondent. This summary indicated that evidence was led that the respondent, together with certain named individuals, was a member of a criminal organization which engaged in extortion and drug related activities, and further that the respondent personally took part in the extortion and drug related activities of the organization.

At the second day of the hearing, the respondent attended with counsel. The "Statement of Circumstances", the "Chronology of Information" and the "Summary of Interpretation of Intercepted Private Communications" were placed before the Review Committee, as were the criminal records of the respondent and his alleged associates. The respondent was then invited to respond. Counsel for the respondent objected to the fairness and constitutionality of the proceeding. He submitted no evidence at the hearing and chose not to cross-examine the two RCMP witnesses who had testified on the first day. He did, however, later make written submissions to the Committee.

After consideration of the matter, the Review Committee reported to the Governor in Council, pursuant to s. 82.1(6)(a) (now s. 81(7)), that the respondent was a person described in s. 19(1)(d)(ii). The Governor in Council adopted

Sur réception du rapport conjoint, le comité de surveillance a mené l'enquête prescrite et a tenu une audience les 2 et 3 septembre 1987. Antérieurement à celle-ci, on a communiqué à l'intimé un document intitulé [TRADUCTION] «Énoncé des circonstances ayant donné lieu à la présentation d'un rapport par le solliciteur général du Canada et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité» ainsi que deux résumés de renseignements. Le premier, intitulé «Suite de renseignements et de faits relatifs à Giuseppe Chiarelli», était un long résumé de la surveillance de l'intimé. Le second document s'intitulait «Sommaire de l'interprétation de l'interception de communications privées relatives au meurtre de Domenic Racco». La première journée, l'audience s'est déroulée à huis clos et un résumé de la preuve a été remis à l'intimé. Il ressortait de ce résumé que, d'après la preuve produite, l'intimé et certains autres individus nommément désignés appartenaient à une organisation criminelle qui se livrait à l'extorsion et à des activités liées aux stupéfiants, et qu'en outre l'intimé lui-même a participé à cette extorsion et aux autres activités.

L'intimé a assisté à la deuxième journée de l'audience accompagné de son avocat. L'«Énoncé des circonstances», la «Suite de renseignements» et le «Sommaire de l'interprétation de l'interception de communications privées» ont été produits devant le comité de surveillance, comme l'ont été également les casiers judiciaires de l'intimé et de ses prétendus associés. La possibilité de répondre ayant ensuite été offerte à l'intimé, l'avocat de ce dernier a contesté l'équité et la constitutionnalité de la procédure. Il n'a produit aucune preuve à l'audience et a choisi de ne pas contre-interroger les deux témoins de la GRC qui avaient déposé le premier jour. Il a toutefois présenté au comité par la suite des observations écrites.

Après avoir étudié le dossier, le comité de surveillance a fait rapport au gouverneur en conseil, conformément à l'al. 82.1(6)a) (maintenant le par. 81(7)), lui indiquant que l'intimé était une personne visée au sous-al. 19(1)d)(ii). Le gouverneur

the conclusion of the Review Committee and directed the appellant Minister to issue a certificate under s. 83(1) (now s. 82(1)) with respect to the respondent's appeal to the Immigration Appeal Board from the deportation order. This certificate was issued, with the result that the respondent's appeal would have to be dismissed in so far as it was brought pursuant to s. 72(1)(b) (now s. 70(1)(b)).

The hearing of the appeal was scheduled to resume in February of 1988. The respondent, however, gave notice that he intended to raise constitutional questions before the Board and the hearing was adjourned. On February 1, 1989, the Board, with the agreement of the parties, referred three questions to the Federal Court of Appeal for determination pursuant to s. 28(4) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10:

1. (a) do paragraph 27(1)(d)(ii) and subsection 32(2) of the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now paragraph 27(1)(d)(ii) and subsection 32(2) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2) infringe or deny the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that they require the deportation of persons convicted of an offence carrying a maximum punishment of five years or more, without reference to the circumstances of the offence or the offender;

(b) if the paragraph and subsection referred to above do infringe or deny the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the *Charter*, are they justified by section 1 of the *Charter*?

2. (a) do sections 82.1 and 83 of the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now sections 81 and 82 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2) infringe or deny the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the *Charter* as those provisions:

(i) deprive individuals of the right to life, liberty and security of the person in violation of the principles of fundamental justice, and/or;

(ii) subject individuals to cruel and unusual punishment? and/or;

en conseil a retenu la conclusion du comité de surveillance et a ordonné au ministre appelant de délivrer une attestation visée au par. 83(1) (maintenant le par. 82(1)) relativement à l'appel interjeté par l'intimé devant la Commission d'appel de l'immigration contre l'ordonnance d'expulsion. L'attestation a été délivrée, rendant ainsi obligatoire le rejet de l'appel de l'intimé dans la mesure où il était fondé sur l'al. 72(1)(b) (maintenant l'al. 70(1)(b)).

L'audition de l'appel devait reprendre en février 1988. L'intimé ayant toutefois signifié son intention de soulever des questions constitutionnelles devant la Commission, l'audience a été ajournée. Le 1^{er} février 1989, la Commission, avec le consentement des parties, a renvoyé trois questions à la Cour d'appel fédérale pour jugement en vertu du par. 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10:

1. a) Est-ce que le sous-alinéa 27(1)(d)(ii) et le paragraphe 32(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, telle que modifiée par S.C. 1984, chap. 21, art. 84 (maintenant sous-alinéa 27(1)(d)(ii) et paragraphe 32(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2) violent ou nient les droits garantis par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qu'ils prévoient l'expulsion de personnes déclarées coupables d'une infraction punissable d'au moins cinq ans d'emprisonnement, sans égard aux circonstances entourant l'infraction ou à la situation de l'infacteur?

b) Si le sous-alinéa et le paragraphe visés ci-dessus violent ou nient les droits garantis par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte*, sont-ils justifiés par l'article 1 de la *Charte*?

2. a) Est-ce que les articles 82.1 et 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, tels que modifiés par S.C. 1984, chap. 21, art. 84 (maintenant les articles 81 et 82 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2) violent ou nient les droits garantis par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte* dans la mesure où ces dispositions:

(i) privent des particuliers du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne en violation des principes de justice fondamentale, et ou

(ii) soumettent des particuliers à des peines cruelles et inusitées, et ou

(iii) deny individuals equality before and under the law?

(b) if the sections referred to above do infringe or deny the rights guaranteed by sections 7, 12 and 15 of the *Charter*, are they justified by section 1 of the *Charter*? ^a

3. (a) does reliance upon the Certificate authorized by section 83 of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now section 82 of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2) filed in Mr. Chiarelli's case result in an infringement of his rights pursuant to section 7 of the *Charter*, because the process followed by the Security Intelligence Review Committee did not meet the requirements of section 7? ^b

(b) if reliance upon the Certificate does infringe or deny the right guaranteed by section 7 of the *Charter*, is it justified by section 1 of the *Charter*? ^c

III. Judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 299

Pratte J.A. (dissenting on the answer to reference question 3(b)) ^d

Pratte J.A. held that the combination of ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) of the Act does not violate s. 12 of the *Charter* because they do not impose a punishment. Section 32(2) is the corollary of the limits imposed by s. 4 of the Act on the right of a permanent resident to come to and remain in Canada. Similarly he held that they do not violate s. 7 since there is no injustice in requiring the deportation of a person who has lost the right to remain in Canada. Finally there is no violation of s. 15. Section 6 of the *Charter* specifically provides for different treatment of citizens and permanent residents regarding the right to remain in Canada. Nor does a distinction between permanent residents who have been convicted of an offence described in s. 27(1)(d)(ii) and other permanent residents amount to discrimination within the meaning of s. 15. ^e

Pratte J.A. refused to answer the second question of the reference in so far as it related to s. 7 of ^f

(iii) s'opposent à ce que la loi ne fasse acception de personne et qu'elle s'applique également à tous?

b) Si les articles visés ci-dessus violent ou nient les droits garantis par les articles 7, 12 et 15 de la *Charte*, sont-ils justifiés par l'article 1 de la *Charte*? ^a

3. a) Est-ce que le fait de se fonder sur l'attestation autorisée par l'article 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, chap. 52, telle que modifiée par S.C. 1984, chap. 21, art. 84 (maintenant l'article 82 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), chap. I-2) déposée dans le dossier de M. Chiarelli donne lieu à une violation de ses droits en vertu de l'article 7 de la *Charte*, parce que le processus suivi par le comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité n'a pas satisfait aux exigences de l'article 7? ^b

b) Si le fait de se fonder sur l'attestation viole ou nie le droit garanti par l'article 7 de la *Charte*, est-il justifié par l'article 1 de la *Charte*? ^c

III. L'arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 299

Le juge Pratte (dissentant quant à la réponse à la question 3b) du renvoi ^d

Le juge *Pratte* conclut que le sous-al. 27(1)d(ii) et le par. 32(2) de la *Loi*, pris ensemble, ne violent pas l'art. 12 de la *Charte* parce qu'ils n'infligent aucune peine. Le paragraphe 32(2) découle naturellement des restrictions imposées par l'art. 4 de la *Loi* au droit d'un résident permanent d'entrer au Canada et d'y demeurer. De même, ces dispositions ne vont pas à l'encontre de l'art. 7 puisqu'il n'y a rien d'injuste à exiger l'expulsion d'une personne déchue du droit de demeurer au Canada. En dernier lieu, selon le juge *Pratte*, l'article 15 n'a pas été violé. L'article 6 de la *Charte* prévoit expressément en effet un traitement différent pour les citoyens et pour les résidents permanents en ce qui concerne le droit de demeurer au Canada. Par ailleurs, une distinction entre les résidents permanents reconnus coupables d'une infraction visée au sous-al. 27(1)d(ii) et d'autres résidents permanents ne constitue pas de la discrimination au sens de l'art. 15. ^e

Le juge *Pratte* s'est refusé à répondre à la deuxième question du renvoi en tant qu'elle se rap- ^f

the *Charter* as it had not been determined by the Immigration Appeal Board that the respondent had not been given a full opportunity to refute the allegations against him. He held that there was no violation of s. 12 or s. 15.

With respect to the third question, he observed that the filing of the s. 83 certificate had the effect of depriving the Immigration Appeal Board of its power to allow the respondent's appeal on compassionate grounds. The resulting deportation necessarily implied an interference with the liberty of the person. In concluding that the respondent's rights under s. 7 of the *Charter* had been infringed, Pratte J.A. observed at p. 318 that "it is a requirement of fundamental justice that no decision be made determining the rights of a person without giving that person a meaningful opportunity to be heard". In order to have a meaningful opportunity to be heard, the respondent had to know the information before the Review Committee in order to be able to contradict it. The respondent had not been provided this opportunity and therefore the procedure followed by the Review Committee did not meet the requirements of fundamental justice.

Pratte J.A. concluded, however, that this limitation could be justified under s. 1 of the *Charter*. Section 48(2) of the *Canadian Security Intelligence Service Act* ("*CSIS Act*") which denies a party the right to be informed of the evidence led by the other party imposes a reasonable limit in light of the need to protect the secrecy of police investigations of organized criminal activities. This was particularly the case in view of the fact that the Committee's investigation was not to determine the guilt of the respondent, but only whether he deserved to benefit from an appeal on purely compassionate grounds.

Stone J.A. (Urie J.A. concurring)

The majority agreed with Pratte J.A.'s reasons except that in their view, the violation of s. 7 could not be justified under s. 1 of the *Charter*. Although

porte à l'art. 7 de la *Charte* étant donné que la Commission d'appel de l'immigration n'a pas déterminé que l'intimé n'avait pas eu toutes les possibilités voulues de réfuter les accusations portées contre lui. Il conclut que ni l'art. 12 ni l'art. 15 n'a été violé.

En ce qui concerne la troisième question, il dit que le dépôt de l'attestation visée à l'art. 83 a pour effet d'enlever à la Commission d'appel de l'immigration son pouvoir d'accueillir l'appel de l'intimé pour des motifs de compassion. L'expulsion qui en est découlé laisse nécessairement supposer une atteinte à la liberté de la personne. Concluant que l'intimé a subi une violation de ses droits conférés par l'art. 7 de la *Charte*, le juge Pratte fait remarquer, à la p. 318, que «la justice fondamentale exige qu'aucune décision soit prise au sujet des droits d'une personne sans donner à cette dernière une occasion valable d'être entendue». Or, l'intimé ne pouvait avoir une occasion valable d'être entendu que s'il était au courant des renseignements dont disposait le comité de surveillance, de manière à pouvoir les contredire. Comme cette occasion n'a pas été accordée à l'intimé, la procédure suivie par le comité de surveillance ne satisfait pas aux exigences de la justice fondamentale.

Le juge Pratte conclut toutefois que cette restriction peut se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*. Le paragraphe 48(2) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* ("*Loi sur le SCRS*"), qui refuse à une partie le droit d'être informé de la preuve produite par l'autre partie, constitue une restriction raisonnable compte tenu de la nécessité de protéger le secret des enquêtes policières sur les activités criminelles organisées. Cela vaut particulièrement quand on considère que l'enquête de la Commission visait non pas à décider de la culpabilité de l'intimé, mais seulement à déterminer s'il méritait pour des motifs de pure compassion de bénéficier d'un appel.

Le juge Stone (avec l'appui du juge Urie)

Les juges majoritaires souscrivent aux motifs du juge Pratte sauf que, à leur avis, la violation de l'art. 7 ne peut se justifier aux termes de l'article

the interest of the state in protecting confidential police sources and techniques is of sufficient importance to warrant overriding constitutionally protected rights and the withholding of information is rationally connected to that objective, the majority concluded that the procedure enacted by s. 82.1(3) (now s. 81(4)) failed the remaining requirements of the proportionality test. Rather than balancing the state's interest in protecting confidential sources and techniques with the individual's interest in fundamental justice, it was the majority's view that the provision opts for a "complete obliteration" of the individual's right in favour of the state's interest.

The Federal Court of Appeal answered the questions put to it as follows:

1. Subparagraph 27(1)(d)(ii) and subsection 32(2) of the *Immigration Act, 1976* do not infringe section 7, 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
2. Sections 82.1 and 83 of the *Immigration Act, 1976* do not infringe section 12 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The question whether those sections contravene section 7 of the Charter is not a question that the Board may refer to the Court pursuant to subsection 28(4) of the *Federal Court Act*.

3. (a) The Board would, in relying upon the certificate issued pursuant to section 83 in respect of Mr. Chiarelli, violate Mr. Chiarelli's rights under section 7 of the Charter.
- (b) The violation of section 7 is not justified by section 1 of the Charter.

IV. Issues

The appellant was granted leave to appeal and the following constitutional questions were stated by Gonthier J.:

1. (a) Do sections 82.1 and 83 of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now ss. 81 and 82 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2) infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

premier de la *Charte*. Bien que l'intérêt qu'a l'État à protéger les sources et les techniques confidentielles de la police revête une importance suffisante pour justifier l'atteinte aux droits garantis par la Constitution et que la non-communication de renseignements ait un lien rationnel avec cet objectif, la majorité conclut que la procédure édictée au par. 82.1(3) (maintenant le par. 81(4)) ne remplit pas les autres exigences du critère de proportionnalité. Plutôt que de soupeser l'intérêt qu'a l'État à protéger les sources et les techniques confidentielles et l'intérêt du particulier à ce que soit respectée la justice fondamentale, estime la majorité, cette disposition traduit un choix d'«annuler complètement» le droit du particulier au profit des intérêts de l'État.

La Cour d'appel fédérale a répondu comme suit aux questions qui lui avaient été soumises:

1. Le sous-alinéa 27(1)d)(ii) et le paragraphe 32(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne violent pas les articles 7, 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
2. Les articles 82.1 et 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976* ne violent pas les articles 12 ou 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La question de savoir si ces articles violent l'article 7 de la *Charte* n'est pas une question que la Commission peut soumettre à la Cour en vertu du paragraphe 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

3. a) La Commission, en se fondant sur l'attestation délivrée en vertu de l'article 83 à l'égard de M. Chiarelli, enfreindrait les droits de M. Chiarelli en vertu de l'article 7 de la *Charte*.
- b) Cette violation de l'article 7 n'est pas justifiée par l'article 1 de la *Charte*.

IV. Les questions en litige

L'appelant ayant obtenu l'autorisation de pourvoi, le juge Gonthier a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. a) Les articles 82.1 et 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, modifiée par S.C. 1984, ch. 21, art. 84, (maintenant les art. 81 et 82 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2), portent-ils atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

(b) If the sections referred to above do infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*, are they justified by s. 1 of the *Charter*?

2. (a) Does reliance upon the certificate authorized by s. 83 of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now s. 82 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2) filed in the respondent's case result in an infringement of his rights pursuant to s. 7 of the *Charter*, because the process followed by the Security Intelligence Review Committee did not meet the requirements of s. 7?

(b) If reliance upon the certificate does infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*, is it justified by s. 1 of the *Charter*?

The respondent in the main appeal was granted leave to cross-appeal, and the following constitutional questions were stated by Gonthier J.:

1. (a) Do s. 27(1)(d)(ii) and s. 32(2) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now s. 27(1)(d)(ii) and s. 32(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2) infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that they require the deportation of persons convicted of an offence carrying a maximum punishment of five years or more, without reference to the circumstances of the offence or the offender?

(b) If the paragraph and subsection referred to above do infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 12 and 15 of the *Charter*, are they justified by s. 1 of the *Charter*?

The answers to these questions will dispose of the questions submitted to the Court of Appeal pursuant to s. 28(4) of the *Federal Court Act* with this exception. Question 2 at the Federal Court of Appeal corresponds to Question 1 in the main appeal but referred to s. 12 and s. 15 in addition to s. 7 of the *Charter*. Sections 12 and 15 were neither argued by the parties in this Court nor referred to in the constitutional questions. In the circumstances, I will not deal with them.

b) Si les dispositions susmentionnées portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, sont-elles justifiées par l'article premier de la *Charte*?

2. a) Le fait de s'en remettre à l'attestation autorisée par l'art. 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, modifiée par S.C. 1984, ch. 21, art. 84, (maintenant l'art. 82 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2), et produite dans le cas de l'intimé, entraîne-t-il une atteinte aux droits que lui confère l'art. 7 de la *Charte*, pour le motif que la procédure suivie par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité n'a pas satisfait aux exigences de l'art. 7?

b) Si le fait de s'en remettre à l'attestation porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, cela est-il justifié par l'article premier de la *Charte*?

L'intimé au pourvoi principal s'est vu accorder l'autorisation de former un pourvoi incident et le juge Gonthier a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. a) Le sous-alinéa 27(1)d)(ii) et le par. 32(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, modifiée par S.C. 1984, ch. 21, art. 84, (maintenant le sous-al. 27(1)d)(ii) et le par. 32(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2), portent-ils atteinte aux droits garantis par les art. 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'ils prescrivent l'expulsion des personnes déclarées coupables d'une infraction assortie d'une peine d'au moins cinq ans de prison, indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant?

b) Si le sous-alinéa et le paragraphe susmentionnés portent atteinte aux droits garantis par les art. 7, 12 et 15 de la *Charte*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte*?

En répondant à ces questions nous trancherons en même temps celles soumises à la Cour d'appel en vertu du par. 28(4) de la *Loi sur la Cour fédérale*, à cette seule exception près: la question n° 2 posée à la Cour d'appel fédérale, bien que correspondant à la question n° 1 du pourvoi principal, mentionne en plus de l'art. 7 de la *Charte* ses art. 12 et 15. Or, les art. 12 et 15 n'ont été ni débattus par les parties en notre Cour ni visés dans les questions constitutionnelles. Je les passerai en conséquence sous silence.

V. Analysis

The cross-appeal attacks the general scheme providing for deportation of permanent residents who have been convicted of certain criminal offences. The main appeal concerns the removal of a ground of appeal from a deportation order and the procedure by which that removal is effected. I will address the cross-appeal first. Throughout these reasons I will refer to Chiarelli as “the respondent” and the Minister as “the appellant”, although their positions are actually reversed on the cross-appeal.

1. *Do s. 27(1)(d)(ii) and s. 32(2) of the Immigration Act, 1976 Violate the Charter?*

Section 27(1) requires an immigration officer in possession of information that a permanent resident falls into one of its enumerated classes to forward a report setting out the details of that information to the Deputy Minister. The relevant class in this case is that set out in s. 27(1)(d)(ii), a person who has been convicted of an offence under any Act of Parliament for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed. An inquiry is then held by an adjudicator in cases where the Deputy Minister considers that one is warranted (s. 27(3)). Section 32(2) provides that where an adjudicator decides that a person who is the subject of an inquiry does fall within one of the classes in s. 27(1), the adjudicator shall, except in the case of a convention refugee, make a deportation order against that person.

(a) Section 7

The essence of the respondent’s position is that ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) are contrary to principles of fundamental justice because they are mandatory and require that deportation be ordered without regard to the circumstances of the offence or the offender. The appellant correctly points out that the threshold question is whether deportation *per se* engages s. 7, that is, whether it amounts to a deprivation of life, liberty or security of the person. The Federal Court of Appeal in *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)* (1990),

V. Analyse

Le pourvoi incident attaque le régime général prévoyant l’expulsion de résidents permanents reconnus coupables de certaines infractions criminelles. Le pourvoi principal, quant à lui, concerne la suppression d’un moyen d’appel pouvant être invoqué à l’égard d’une ordonnance d’expulsion et les modalités de cette suppression. Je me pencherai d’abord sur le pourvoi incident. Malgré l’inversion de leurs rôles respectifs dans le cadre du pourvoi incident, Chiarelli est désigné «l’intimé» tout au cours des présents motifs et le ministre, «l’appellant».

1. *Le sous-al. 27(1)d)(ii) et le par. 32(2) de la Loi sur l’immigration de 1976 violent-ils la Charte?*

Le paragraphe 27(1) exige qu’un agent d’immigration ayant en sa possession des renseignements indiquant qu’un résident permanent relève d’une des catégories y énumérées en fasse un rapport circonstancié au sous-ministre. Il s’agit en l’occurrence de la catégorie énoncée au sous-al. 27(1)d)(ii): celle des personnes qui ont été déclarées coupables d’une infraction prévue par une loi du Parlement et sont passibles d’au moins cinq ans de prison. Un arbitre tient alors une enquête dans les cas où le sous-ministre estime qu’une enquête s’impose (par. 27(3)). Aux termes du par. 32(2), l’arbitre, lorsqu’il conclut qu’une personne faisant l’objet d’une enquête relève effectivement d’une catégorie prévue au par. 27(1), doit, sauf dans le cas d’un réfugié au sens de la Convention, en prononcer l’expulsion.

a) L’article 7

L’intimé fait valoir en substance que le sous-al. 27(1)d)(ii) et le par. 32(2) sont contraires aux principes de justice fondamentale en raison de leur caractère impératif et du fait qu’ils exigent que l’expulsion soit prononcée indépendamment des circonstances de l’infraction ou du contrevenant. L’appelant pour sa part souligne, avec raison, que la question préliminaire est de savoir si l’expulsion en soi donne lieu à l’application de l’art. 7; en d’autres termes, si elle porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Dans *Hoang*

13 Imm. L.R. (2d) 35, held that deportation for serious offences is not to be conceptualized as a deprivation of liberty. I do not find it necessary to answer this question, however, since I am of the view that there is no breach of fundamental justice. ^a

The principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. Lamer J. (as he then was) stated in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 513:

Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves. ^d

He recognized, at p. 513, that “principles of fundamental justice” could not be defined in the abstract but would have to be interpreted in the context of alleged violations: ^e

... those words cannot be given any exhaustive content or simple enumerative definition, but will take on concrete meaning as the courts address alleged violations of s. 7. ^f

The importance of a contextual approach to the interpretation of s. 7 was emphasized by Cory J. in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at p. 226: ^g

It is now clear that the *Charter* is to be interpreted in light of the context in which the claim arises. Context is relevant both with respect to the delineation of the meaning and scope of *Charter* rights, as well as to the determination of the balance to be struck between individual rights and the interests of society. ^h

He noted that under a contextual approach, constitutional standards developed in the criminal context could not automatically be applied to regulatory offences. Similarly in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, McLachlin J. adopted at p. 848 a contextual approach which “takes into account the nature of ⁱ

c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) (1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'une expulsion en raison d'infractions graves ne doit pas être considérée comme portant atteinte à la liberté. Je ne crois toutefois pas qu'il soit nécessaire de répondre à cette question puisque, selon moi, il n'y a eu aucune violation de la justice fondamentale.

Or, les principes de justice fondamentale se dégagent des préceptes fondamentaux de notre système juridique. Le juge en chef Lamer (alors juge puîné) dit dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 513: ^b

La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause. ^c

Il a reconnu, à la p. 513, que l'expression «principes de justice fondamentale» ne peut être définie dans l'abstrait mais doit s'interpréter dans le contexte des allégations de violation: ^e

... on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront des allégations de violation de l'art. 7. ^f

L'importance d'une méthode contextuelle d'interprétation de l'art. 7 est soulignée par le juge Cory dans l'affaire *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la p. 226: ^g

Il est désormais clair que la *Charte* doit être interprétée en fonction du contexte dans lequel une revendication prend naissance. Le contexte est important à la fois pour délimiter la signification et la portée des droits garantis par la *Charte* et pour déterminer l'équilibre qu'il faut établir entre les droits individuels et les intérêts de la société. ^h

Suivant la méthode contextuelle, a-t-il fait remarquer, les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires. De même, dans l'affaire *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, le juge McLachlin a adopté, à la p. 848, une méthode con- ⁱ

the decision to be made". She concluded that in defining the fundamental justice relevant to extradition, the Court must draw upon the principles and policies underlying extradition law and procedure.

Thus in determining the scope of principles of fundamental justice as they apply to this case, the Court must look to the principles and policies underlying immigration law. The most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in the country. At common law an alien has no right to enter or remain in the country: *R. v. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All E.R. 741; *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376.

La Forest J. recently reiterated this principle in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, *supra*, at p. 834:

The Government has the right and duty to keep out and to expel aliens from this country if it considers it advisable to do so. This right, of course, exists independently of extradition. If an alien known to have a serious criminal record attempted to enter into Canada, he could be refused admission. And by the same token, he could be deported once he entered Canada.

If it were otherwise, Canada could become a haven for criminals and others whom we legitimately do not wish to have among us.

The distinction between citizens and non-citizens is recognized in the *Charter*. While permanent residents are given the right to move to, take up residence in, and pursue the gaining of a livelihood in any province in s. 6(2), only citizens are accorded the right "to enter, remain in and leave Canada" in s. 6(1).

Thus Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing

textuelle qui «tient compte de la nature de la décision qui doit être rendue». Elle a conclu que, pour définir les principes de justice fondamentale applicables à l'extradition, la Cour doit se fonder sur les principes et les politiques qui se rapportent au droit et à la procédure en matière d'extradition.

Donc, pour déterminer la portée des principes de justice fondamentale en tant qu'ils s'appliquent en l'espèce, la Cour doit tenir compte des principes et des politiques qui sous-tendent le droit de l'immigration. Or, le principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer. En common law, les étrangers ne jouissent pas du droit d'entrer au pays ou d'y demeurer: *R. c. Governor of Pentonville Prison*, [1973] 2 All E.R. 741; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376.

Le juge La Forest a répété ce principe dans l'arrêt récent *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, précité, à la p. 834:

Le gouvernement a le droit et le devoir d'empêcher des étrangers d'entrer dans notre pays et d'en expulser s'il le juge à propos. Évidemment, ce droit existe indépendamment de l'extradition. Si un étranger dont le dossier criminel grave est notoire tente d'entrer au Canada, on peut lui refuser l'entrée. De la même façon, il pourrait être déporté une fois entré au Canada.

S'il en était autrement, le Canada pourrait devenir un refuge pour les criminels et les autres personnes que, légitimement, nous ne voulons pas avoir parmi nous.

La distinction entre citoyens et non-citoyens est reconnue dans la *Charte*. Bien que le par. 6(2) accorde aux résidents permanents le droit de se déplacer dans tout le pays, d'établir leur résidence et de gagner leur vie dans toute province, seuls les citoyens ont le droit «de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir», que garantit le par. 6(1).

Le Parlement a donc le droit d'adopter une politique en matière d'immigration et de légiférer en

the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. It has done so in the *Immigration Act*. Section 5 of the Act provides that no person other than a citizen, permanent resident, Convention refugee or Indian registered under the *Indian Act* has a right to come to or remain in Canada. The qualified nature of the rights of non-citizens to enter and remain in Canada is made clear by s. 4 of the Act. Section 4(2) provides that permanent residents have a right to remain in Canada except where they fall within one of the classes in s. 27(1). One of the conditions Parliament has imposed on a permanent resident's right to remain in Canada is that he or she not be convicted of an offence for which a term of imprisonment of five years or more may be imposed. This condition represents a legitimate, non-arbitrary choice by Parliament of a situation in which it is not in the public interest to allow a non-citizen to remain in the country. The requirement that the offence be subject to a term of imprisonment of five years indicates Parliament's intention to limit this condition to more serious types of offences. It is true that the personal circumstances of individuals who breach this condition may vary widely. The offences which are referred to in s. 27(1)(d)(ii) also vary in gravity, as may the factual circumstances surrounding the commission of a particular offence. However there is one element common to all persons who fall within the class of permanent residents described in s. 27(1)(d)(ii). They have all deliberately violated an essential condition under which they were permitted to remain in Canada. In such a situation, there is no breach of fundamental justice in giving practical effect to the termination of their right to remain in Canada. In the case of a permanent resident, deportation is the only way in which to accomplish this. There is nothing inherently unjust about a mandatory order. The fact of a deliberate violation of the condition imposed by s. 27(1)(d)(ii) is sufficient to justify a deportation order. It is not necessary, in order to comply with fundamental justice, to look beyond this fact to other aggravating or mitigating circumstances.

prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu'il leur soit permis d'entrer au Canada et d'y demeurer. C'est ce qu'il a fait dans la *Loi sur l'immigration*, dont l'article 5 dispose que seuls les citoyens canadiens, les résidents permanents, les réfugiés au sens de la Convention ou les Indiens inscrits conformément à la *Loi sur les Indiens* ont le droit d'entrer au Canada ou d'y demeurer. La nature limitée du droit des non-citoyens d'entrer au Canada et d'y demeurer se dégage nettement de l'art. 4 de la Loi. Suivant le par. 4(2), les résidents permanents ont le droit de demeurer au Canada, sauf s'ils relèvent d'une des catégories énumérées au par. 27(1). L'une des conditions auxquelles le législateur fédéral a assujéti le droit d'un résident permanent de demeurer au Canada est qu'il ne soit pas déclaré coupable d'une infraction punissable d'au moins cinq ans de prison. Cette condition traduit un choix légitime et non arbitraire fait par le législateur d'un cas où il n'est pas dans l'intérêt public de permettre à un non-citoyen de rester au pays. L'exigence que l'infraction donne lieu à une peine de cinq ans d'emprisonnement indique l'intention du législateur de limiter cette condition aux infractions relativement graves. Les circonstances personnelles de ceux qui manquent à cette condition peuvent certes varier énormément. La gravité des infractions visées au sous-al. 27(1)d(ii) varie également, comme le peuvent aussi les faits entourant la perpétration d'une infraction en particulier. Toutes les personnes qui entrent dans la catégorie des résidents permanents mentionnés au sous-al. 27(1)d(ii) ont cependant un point commun: elles ont manqué volontairement à une condition essentielle devant être respectée pour qu'il leur soit permis de demeurer au Canada. En pareil cas, mettre effectivement fin à leur droit d'y demeurer ne va nullement à l'encontre de la justice fondamentale. Dans le cas du résident permanent, seule l'expulsion permet d'atteindre ce résultat. Une ordonnance impérative n'a rien d'intrinsèquement injuste. La violation délibérée de la condition prescrite par le sous-al. 27(1)d(ii) suffit pour justifier une ordonnance d'expulsion. Point n'est besoin, pour se conformer aux exigences de la justice fondamentale, de chercher, au-delà de ce seul fait, des circonstances aggravantes ou atténuantes.

(b) Section 12

The respondent alleges a violation of s. 12 for essentially the same reasons that he claims s. 7 is infringed. He submits that the combination of s. 27(1)(d)(ii) and 32(2) constitutes cruel and unusual punishment because they require that deportation be ordered without regard to the circumstances of the offence or the offender. He submits that in the case at bar, the deportation order is grossly disproportionate to all the circumstances and further, that the legislation in general is grossly disproportionate, having regard to the many “relatively less serious offences” which are covered by s. 27(1)(d)(ii).

I agree with Pratte J.A. that deportation is not imposed as a punishment. In *Reference as to the effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269, Duff C.J. observed at p. 278 that deportation provisions were “not concerned with the penal consequences of the acts of individuals”. See also *Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 594 (C.A.), at pp. 606-07, and *Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration)*, *supra*. Deportation may, however, come within the scope of a “treatment” in s. 12. The *Concise Oxford Dictionary* (1990) defines “treatment” as “a process or manner of behaving towards or dealing with a person or thing” It is unnecessary, for the purposes of this appeal, to decide this point since I am of the view that the deportation authorized by ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) is not cruel and unusual.

The general standard for determining an infringement of s. 12 was set out by Lamer J., as he then was, in the following passage in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072:

The criterion which must be applied in order to determine whether a punishment is cruel and unusual within the meaning of s. 12 of the *Charter* is, to use the words

b) L'article 12

Invoquant essentiellement les mêmes raisons qu'il a avancées pour fonder son allégation d'une infraction à l'art. 7, l'intimé prétend que l'art. 12 a été violé. Selon lui, le sous-al. 27(1)d)(ii) et le par. 32(2), pris ensemble, constituent une peine cruelle et inusitée en ce qu'ils exigent que l'expulsion soit ordonnée indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant. Il soutient que l'expulsion prononcée en l'espèce est exagérément disproportionnée aux circonstances et que, en outre, la loi en général est exagérément disproportionnée eu égard aux nombreuses [TRADUCTION] «infractions relativement moins graves» visées au sous-al. 27(1)d)(ii).

Comme le juge Pratte, j'estime que l'expulsion n'est pas prononcée à titre de peine. Dans *Reference as to the effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, le juge en chef Duff fait remarquer, à la p. 278, que les dispositions en matière d'expulsion [TRADUCTION] «ne portent pas sur les conséquences pénales des actes de particuliers». Voir aussi l'arrêt *Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 594 (C.A.), aux pp. 606 et 607 et *Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, précité. Il se peut toutefois que l'expulsion constitue un «traitement» au sens de l'art. 12. En effet, selon la définition qu'en donne le *Petit Robert 1* (1990), le terme «traitement» désigne un «[c]omportement à l'égard de [quelqu'un]; actes traduisant ce comportement». C'est toutefois là un point qu'il n'est pas nécessaire de trancher aux fins du présent pourvoi puisque, à mon avis, l'expulsion autorisée par le sous-al. 27(1)d)(ii) et le par. 32(2) n'est ni cruelle ni inusitée.

La norme générale à appliquer pour déterminer s'il y a violation de l'art. 12 est énoncée par le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans le passage suivant tiré de l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1072:

Le critère qui doit être appliqué pour déterminer si une peine est cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 de la *Charte* consiste, pour reprendre les termes utilisés par le

of Laskin C.J. in *Miller and Cockriell*, *supra*, at p. 668, "whether the punishment prescribed is so excessive as to outrage standards of decency". In other words, though the state may impose punishment, the effect of that punishment must not be grossly disproportionate to what would have been appropriate.

The deportation of a permanent resident who has deliberately violated an essential condition of his or her being permitted to remain in Canada by committing a criminal offence punishable by imprisonment of five years or more, cannot be said to outrage standards of decency. On the contrary it would tend to outrage such standards if individuals granted conditional entry into Canada were permitted, without consequence, to violate those conditions deliberately.

(c) Section 15

Although the constitutional question stated by Gonthier J. raises the issue of whether ss. 27(1)(d)(ii) and 32(2) violate s. 15 of the *Charter*, the respondent made no submissions on this issue. I agree, for the reasons given by Pratte J.A. in the Federal Court of Appeal, that there is no violation of s. 15. As I have already observed, s. 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and permanent residents in this regard. While permanent residents are given various mobility rights in s. 6(2), only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada in s. 6(1). There is therefore no discrimination contrary to s. 15 in a deportation scheme that applies to permanent residents, but not to citizens.

2. *Do ss. 82.1 and 83 of the Immigration Act, 1976 or Reliance on the Certificate Authorized by s. 83, Infringe s. 7 of the Charter?*

Two separate sets of questions were stated on the main appeal — firstly, whether ss. 82.1 and 83

juge en chef Laskin à la p. 688 de l'arrêt *Miller et Cockriell*, précité, à se demander «si la peine infligée est excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.» En d'autres termes, bien que l'État puisse infliger une peine, l'effet de cette peine ne doit pas être exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié.

L'expulsion d'un résident permanent qui, en commettant une infraction criminelle punissable d'au moins cinq ans de prison, a délibérément violé une condition essentielle pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada, ne saurait être considérée comme incompatible avec la dignité humaine. Au contraire, c'est précisément le fait de permettre que les personnes ayant pu entrer au Canada sous condition violent délibérément et impunément ces conditions qui tendrait vers l'incompatibilité avec la dignité humaine.

c) L'article 15

Quoique la question constitutionnelle formulée par le juge Gonthier soulève la question de savoir si le sous-al. 27(1)d(ii) et le par. 32(2) violent l'art. 15 de la *Charte*, l'intimé n'a pas présenté d'arguments sur ce point. J'estime, pour les motifs exposés par le juge Pratte en Cour d'appel fédérale, qu'il n'y a pas eu violation de l'art. 15. Comme je l'ai déjà indiqué, l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent à cet égard pour les citoyens et les résidents permanents. Si les résidents permanents jouissent aux termes du par. 6(2) de certains droits à la liberté de circulation, seuls les citoyens se voient conférer au par. 6(1) le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. Ne constitue donc pas une discrimination interdite par l'art. 15 un régime d'expulsion qui s'applique aux résidents permanents, mais non aux citoyens.

2. *Les art. 82.1 et 83 de la Loi sur l'immigration de 1976 ou le fait de s'en remettre à l'attestation autorisée par l'art. 83 violent-ils l'art. 7 de la Charte?*

Les questions formulées dans le cadre du pourvoi principal se divisent en deux groupes distincts.

themselves infringe s. 7 and if so whether they can be saved under s. 1, and secondly, whether reliance on the certificate authorized by s. 83 infringes s. 7 in a manner that cannot be saved under s. 1. I agree with the submissions of both parties that the question of whether ss. 82.1 and 83 violate s. 7 was properly before the Federal Court of Appeal and should have been answered. It can therefore be addressed by this Court on appeal from the decision of the Federal Court of Appeal.

The section 7 violation raised in both questions involves the operation of a certificate issued under s. 83 of the Act to deprive the respondent of an appeal under s. 72(1)(b) of the Act. These questions raise two issues—first, whether the substantive provisions violate s. 7 and secondly, whether the procedure followed by the Review Committee results in a s. 7 violation. I will deal with these issues in that order.

The practical significance of ss. 82.1 and 83 of the Act stems from their interaction with the rights of appeal from a s. 32(2) deportation order provided by s. 72(1) of the Act. Section 72(1)(a) provides for a true appeal, based on any question of law or fact or mixed law and fact. Under s. 72(1)(b), Parliament has granted a further appeal on the ground that “having regard to all the circumstances of the case, the person should not be removed from Canada”. This latter ground of appeal grants the Immigration Appeal Board discretion to quash a deportation order notwithstanding the fact that the individual falls within one of the categories in s. 27(1) such that the deportation order was properly made under s. 32(2). It thus allows for clemency from deportation on compassionate grounds.

Section 82.1 sets out the conditions which may give rise to an investigation by the Review Committee and the procedure to be followed in such an

En premier lieu, si les art. 82.1 et 83 eux-mêmes vont à l'encontre de l'art. 7 et, dans l'affirmative, si l'article premier vient les sauvegarder. En second lieu, si le fait de s'en remettre à l'attestation autorisée par l'art. 83 viole l'art. 7 d'une manière qui ne peut être justifiée par l'article premier. Je conviens avec les deux parties que la Cour d'appel fédérale était légitimement saisie de la question de savoir si les art. 82.1 et 83 violent l'art. 7 et qu'elle aurait dû y répondre. Cela étant, notre Cour peut l'examiner dans le cadre du pourvoi attaquant l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

La violation de l'art. 7 évoquée dans les deux questions met en cause l'effet qu'a une attestation délivrée en vertu de l'art. 83 de la Loi d'enlever à l'intimé la possibilité de former un appel fondé sur l'al. 72(1)b) de la Loi. Ces questions soulèvent les deux points suivants: d'abord, savoir si les dispositions de fond violent l'art. 7 et, ensuite, si la procédure suivie par le comité de surveillance entraîne une telle violation. Je me pencherai sur ces questions dans cet ordre.

L'importance pratique des art. 82.1 et 83 de la Loi tient à la façon dont ils influent sur les droits, qu'accorde le par. 72(1) de la Loi, d'interjeter appel d'une ordonnance d'expulsion visée au par. 32(2). L'alinéa 72(1)a) prévoit un appel véritable, fondé sur une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait. À l'alinéa 72(1)b), le législateur donne en outre la possibilité d'interjeter appel pour le motif que «compte tenu des circonstances de l'espèce, [la personne] ne devrait pas être renvoyée du Canada». Ce dernier moyen d'appel investit la Commission d'appel de l'immigration du pouvoir discrétionnaire d'annuler une ordonnance d'expulsion en dépit du fait que l'intéressé relève d'une des catégories énumérées au par. 27(1) de sorte que l'expulsion a été légitimement prononcée en vertu du par. 32(2). Ce moyen permet donc que l'expulsion soit écartée pour des motifs de compassion.

L'article 82.1 énonce les circonstances pouvant donner lieu à une enquête par le comité de surveillance ainsi que la procédure à suivre dans le cadre

investigation. In general terms the Solicitor General and the Minister of Employment and Immigration may make a report to the Review Committee in respect of a permanent resident who has launched an appeal pursuant to s. 72(1)(b) where they are of the opinion, based on security or criminal intelligence reports, that that person is likely to engage in organized crime, espionage, acts of violence that might endanger the lives or safety of persons in Canada, or subversion by force of any government. In the case of the respondent the joint report was based on s. 19(1)(d)(ii):

19. (1) ...

(d) persons who there are reasonable grounds to believe will

. . . .

(ii) engage in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence that may be punishable under any Act of Parliament by way of indictment;

When the Review Committee receives such a joint report, it must conduct an investigation into the grounds on which it is based and report to the Governor in Council. Where, after considering the report of the Review Committee, the Governor in Council is satisfied that the person does fall within one of the categories in s. 82.1(2) (the categories pursuant to which the Ministers can make a joint report to the Review Committee), he or she may direct the issuance of a certificate under s. 83. The effect of this certificate is to direct the Immigration Appeal Board to dismiss any appeal made pursuant to s. 72(1)(b). In other words, the individual's appeal will be limited to questions of fact or law or mixed fact or law.

de cette enquête. D'une manière générale, le solliciteur général et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration peuvent faire un rapport au comité de surveillance relativement à un résident permanent qui a interjeté appel en vertu de l'al. 72(1)b) lorsqu'ils sont d'avis, à la lumière des rapports secrets qu'ils détiennent en matière de sécurité ou de criminalité, que cette personne est susceptible de se livrer à des activités criminelles organisées, à l'espionnage, à des actes de violence de nature à porter atteinte à la vie ou à la sécurité de personnes au Canada, ou au renversement d'un gouvernement par la force. Dans le cas de l'intimé, le rapport conjoint était fondé sur le sous-al. 19(1)d)(ii), dont voici le texte:

19. (1) ...

d) les personnes au sujet desquelles il existe de bonnes raisons de croire qu'elles

. . . .

(ii) se livreront à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert pour commettre une infraction qui peut être punissable par voie de mise en accusation en vertu d'une loi du Parlement;

Sur réception du rapport susvisé, le comité de surveillance doit faire enquête sur les motifs qui le fondent, pour ensuite remettre un rapport au gouverneur en conseil. Dans le cas où il est d'avis, après étude du rapport du comité de surveillance, que la personne en question relève effectivement d'une des catégories établies au par. 82.1(2) (les catégories de personnes relativement auxquelles les ministres peuvent faire un rapport conjoint au comité de surveillance), le gouverneur en conseil peut ordonner la délivrance d'une attestation visée à l'art. 83, laquelle a pour effet d'obliger la Commission d'appel de l'immigration à rejeter un appel fait en vertu de l'al. 72(1)b). En d'autres termes, l'appel ne portera alors que sur des questions de fait ou de droit ou des questions mixtes de fait et de droit.

Substantive Ground

The respondent submits that the impugned legislation is inconsistent with s. 7 of the *Charter* because it creates a process whereby he is deprived, contrary to the principles of fundamental justice, of his right to appeal against deportation on the ground set out in s. 72(1)(b). The necessary implication of this position is that it is a principle of fundamental justice that a permanent resident who is the subject of deportation proceedings be afforded an appeal on all of the circumstances of the case. Otherwise it cannot be a violation of principles of fundamental justice for Parliament to limit the availability of such an appeal. In my view s. 7 does not mandate the provision of a compassionate appeal from a decision which, as I have already concluded, comports with principles of fundamental justice.

Before a deportation order can be issued against a permanent resident, an inquiry must be conducted by an adjudicator to determine whether the permanent resident does fall into one of the classes in s. 27(1). Section 72(1)(a) provides for an appeal from such a deportation order on any question of law or fact or mixed law and fact. The decision of the Board is subject to appeal to the Federal Court of Appeal on a question of law if leave is granted by that Court (s. 84 of the Act (now s. 83)). These rights of appeal offer ample protection to an individual from an erroneous decision by the adjudicator. The question is whether principles of fundamental justice require more than this. In order to answer this question it is necessary to consider the "nature, source, rationale and essential role" of the right to appeal from deportation orders under the Act and the evolution of that right: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*.

The Immigration Act, S.C. 1910, c. 27, did not provide any specific grounds of appeal. A person ordered deported could only resort to the Minister who, under s. 19, had the authority to overturn a

Le moyen de fond

L'intimé soutient que les dispositions législatives contestées sont incompatibles avec l'art. 7 de la *Charte* parce qu'elles établissent une procédure par laquelle il est privé, contrairement aux principes de justice fondamentale, de son droit de faire appel de l'expulsion en invoquant le moyen prévu à l'al. 72(1)b). Or, il découle inéluctablement de cet argument que la justice fondamentale exige qu'un résident permanent faisant l'objet d'une procédure d'expulsion puisse interjeter appel sur le fondement des circonstances de l'espèce. Sinon, le législateur fédéral ne violerait pas les principes de justice fondamentale en limitant les possibilités de former un tel appel. À mon avis, l'art. 7 ne commande pas que soit accordée la possibilité d'un appel, fondé sur des motifs de compassion, contre une décision qui, je l'ai déjà conclu, est conforme aux principes de justice fondamentale.

Avant que l'expulsion d'un résident permanent ne puisse être prononcée, un arbitre doit tenir une enquête visant à déterminer si le résident permanent entre effectivement dans l'une des catégories énumérées au par. 27(1). L'alinéa 72(1)a) prévoit qu'une telle ordonnance d'expulsion peut faire l'objet d'un appel fondé sur une question de droit ou de fait ou une question mixte de droit et de fait. La décision de la Commission est à son tour susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit si ledit tribunal en accorde l'autorisation (art. 84 de la Loi (maintenant l'art. 83)). Ces droits d'appel offrent aux particuliers une large protection contre une décision erronée de l'arbitre. La question est donc de savoir si les principes de justice fondamentale exigent davantage. Pour répondre à cette question, il faut tenir compte «de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel» du droit, conféré par la Loi, d'en appeler d'ordonnances d'expulsion, et prendre également en considération l'évolution de ce droit: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité.

La *Loi de l'immigration*, S.C. 1910, ch. 27, ne prévoyait aucun moyen précis d'appel. Une personne dont l'expulsion était ordonnée ne pouvait recourir qu'au ministre qui, aux termes de l'art. 19,

deportation order on unspecified grounds. The *Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 325, provided for an immigration appeal board; however, appeals against deportation orders remained under the control of the Minister. The appeal board heard only those appeals directed to it by the Minister and the Minister retained the power to confirm or quash the appeal board's decision or substitute his decision as he deemed just and proper. The 1966 *White Paper on Immigration* criticized the broad overriding power of the Minister with respect to appeals, and recommended that a reconstituted Immigration Appeal Board have authority to deal conclusively with appeals against deportation orders except in "security cases". In 1967, the *Immigration Appeal Board Act*, S.C. 1966-67, c. 90, established an independent Immigration Appeal Board. Section 11 provided for appeals on any questions of law or fact or mixed law and fact. Section 15, for the first time, conferred upon the Board the power to stay or quash a deportation order made against a permanent resident on the basis of all the circumstances of the case. However s. 21 provided that that new power was still subject to the discretion of the Minister and the Solicitor General who could certify their opinion, based on security or criminal intelligence reports, that it would be contrary to the national interest to permit such relief. In *Prata v. Minister of Manpower & Immigration*, *supra*, Martland J. stated at p. 381:

The effect of s. 21 is to reserve to the Crown, notwithstanding the powers conferred upon the Board by the Act, the right, similar to the prerogative right which existed at common law, to determine that the continued presence in Canada of an alien, subject to a deportation order, would not be conducive to the public good.

The *Immigration Appeal Board Act* was repealed by the *Immigration Act*, 1976, s. 128. Section 72 of the *Immigration Act*, 1976 effectively consolidated ss. 11 and 15 of the former *Immigration Appeal*

était autorisé à annuler une ordonnance d'expulsion pour des motifs non précisés. Bien qu'une commission d'appel de l'immigration ait été instituée par la *Loi sur l'immigration*, S.R.C. 1952, ch. 325, c'était toujours au ministre que ressortissaient les appels contre les ordonnances d'expulsion. La commission d'appel n'entendait en effet que les appels que lui renvoyait le ministre, qui, lui, conservait le pouvoir de confirmer ou d'infirmer la décision de la commission d'appel ou d'y substituer sa propre décision, selon ce qu'il jugeait juste et convenable. Le *Livre blanc sur l'immigration* de 1966 critiquait ce large pouvoir de réformation que détenait le ministre en matière d'appel et a recommandé qu'une Commission d'appel de l'immigration reconstituée soit habilitée à statuer définitivement sur les appels contre les ordonnances d'expulsion, sauf dans les «cas où la sécurité de l'État est en cause». En 1967, la *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration*, S.C. 1966-67, ch. 90, établissait une Commission d'appel de l'immigration indépendante. Son article 11 prévoyait des appels sur des questions de droit ou de fait ou sur des questions mixtes de droit et de fait. L'article 15 conférait à la Commission, et ce pour la première fois, le pouvoir de surseoir à l'exécution de l'ordonnance d'expulsion rendue contre un résident permanent ou de l'annuler, compte tenu de toutes les circonstances du cas. L'article 21 disposait toutefois que ce nouveau pouvoir était encore soumis au pouvoir discrétionnaire du ministre et du solliciteur général, qui pouvaient attester qu'à leur avis, fondé sur les rapports de sécurité ou de police criminelle, il serait contraire à l'intérêt national de permettre un tel recours. Dans l'arrêt *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, précité, le juge Martland affirme, à la p. 381:

L'art. 21 a pour effet de réserver à la Couronne, nonobstant les pouvoirs conférés à la Commission par la Loi, le droit, similaire à la prérogative qui existait en *common law*, de décider qu'un étranger visé par une ordonnance d'expulsion pourrait demeurer au Canada sans aller à l'encontre de l'intérêt public.

La *Loi sur la Commission d'appel de l'immigration* a été abrogée par l'art. 128 de la *Loi sur l'immigration de 1976*. L'article 72 de cette dernière, qui réunissait les art. 11 et 15 de l'ancienne *Loi sur*

Board Act into one section setting out two separate grounds of appeal. However in my view it did not change the nature of the decision that could be made by the Board "having regard to all the circumstances of the case". That decision remained, as it had been under the 1967 Act, an exercise of discretion based on compassionate grounds. Section 83 of the *Immigration Act, 1976* continued to limit the availability of relief based on all the circumstances of the case. Such an appeal had to be dismissed if the Minister and the Solicitor General certified their opinion that, based on security or criminal intelligence reports, it would be contrary to the national interest to permit it. Finally in 1984 the Security Intelligence Review Committee was established by the *CSIS Act*. The Review Committee was assigned various functions under several Acts, including the *Immigration Act, 1976*. Section 83 was repealed and s. 82.1 and an amended version of s. 83 were substituted. Section 82.1 assigned to the Review Committee the task of investigating and reporting to the Governor in Council as to whether a permanent resident came within the classes of persons not entitled to an appeal on all the circumstances of the case. However, the decision as to whether to direct the issuance of a certificate under s. 83 is that of the Governor in Council.

It can thus be seen that there has never been a universally available right of appeal from a deportation order on "all the circumstances of the case". Such an appeal has historically been a purely discretionary matter. Although it has been added as a statutory ground of appeal, the executive has always retained the power to prevent an appeal from being allowed on that ground in cases involving serious security interests.

If any right of appeal from the deportation order in s. 32(2) is necessary in order to comply with principles of fundamental justice, a "true" appeal which enables the decision of the first instance to be questioned on factual and legal grounds clearly

la Commission d'appel de l'immigration, énonçait deux moyens d'appel distincts. Cela n'a toutefois rien changé, selon moi, à la nature de la décision que pouvait rendre la Commission «compte tenu des circonstances de l'espèce». Cette décision tenait encore, comme sous le régime de la Loi de 1967, à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire fondé sur des motifs de compassion. L'article 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976* continuait à limiter l'accès à l'appel fondé sur les circonstances de l'espèce. Pareil appel devait être rejeté si le ministre et le solliciteur général déclaraient dans une attestation qu'à la lumière des rapports secrets qu'ils détenaient en matière de sécurité ou de criminalité, ils estimaient que permettre cet appel irait à l'encontre de l'intérêt national. Enfin, en 1984, le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité a été constitué par la *Loi sur le SCRS*. Le comité de surveillance se voyait attribuer diverses fonctions relevant de plusieurs lois, dont la *Loi sur l'immigration de 1976*. L'article 83 a été abrogé et remplacé par l'art. 82.1 et une version modifiée de l'art. 83. L'article 82.1 charge le comité de surveillance de vérifier si un résident permanent entre dans les catégories de personnes qui n'ont pas le droit de faire un appel fondé sur les circonstances de l'espèce, et de faire un rapport au gouverneur en conseil à ce sujet. C'est toutefois au gouverneur en conseil qu'il appartient de décider s'il y a lieu d'ordonner la délivrance d'une attestation en vertu de l'art. 83.

Il est donc évident qu'un droit universel d'interjeter contre une ordonnance d'expulsion un appel fondé sur les «circonstances de l'espèce» n'a jamais existé. Cet appel a toujours été purement discrétionnaire. Quoique ce moyen d'appel soit maintenant prévu par la loi, l'exécutif conserve toujours le pouvoir d'empêcher qu'un appel fondé sur ce moyen soit accueilli dans des cas mettant en cause de graves questions de sécurité.

Si un droit d'interjeter appel de l'ordonnance d'expulsion visée au par. 32(2) s'impose pour que soient respectés les principes de justice fondamentale, alors une telle exigence est manifestement remplie par un appel véritable dans le cadre duquel

satisfies such a requirement. The absence of an appeal on wider grounds than those on which the initial decision was based does not violate s. 7.

Procedural Ground

The respondent submitted that his s. 7 rights were violated as a result of the procedure followed by the Review Committee. This argument was the basis for the judgment of the majority in the Court of Appeal. I have already concluded that the respondent can assert no substantive right to an appeal on compassionate grounds. It is entirely within the discretion of Parliament whether an appeal on this basis is provided. Accordingly, Parliament could have simply provided that a certificate could issue without any hearing. Does the fact that Parliament has legislated beyond its constitutional requirement to provide that a hearing will be held enable the respondent to complain that the hearing does not comport with the dictates of fundamental justice? It could be argued that the provision of a hearing *ex gratia* does not expand Parliament's constitutional obligations. I need not resolve this issue in this case because I have concluded that, assuming that proceedings before the Review Committee were subject to the principles of fundamental justice, those principles were observed.

These proceedings took place within the framework of several legislative provisions and Review Committee Rules. Section 82.1(3) of the *Immigration Act, 1976* provides that in an investigation by the Review Committee pursuant to a joint report by the Solicitor General and the Minister of Employment and Immigration, ss. 43, 44 and 48 to 51 of the *CSIS Act* apply, subject to certain specific modifications and with such other modifications as the circumstances require. Section 48(2) of the *CSIS Act* provides that no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Review Com-

des moyens de fait et de droit peuvent être invoqués pour contester la décision du premier palier. L'absence d'un appel fondé sur des moyens dont la portée est plus large que celle des motifs sur lesquels reposait la décision initiale ne constitue pas une violation de l'art. 7.

Le moyen de procédure

L'intimé soutient que la procédure suivie par le comité de surveillance porte atteinte à ses droits garantis par l'art. 7. Cet argument constitue le fondement du jugement majoritaire en Cour d'appel. Or, j'ai déjà conclu que l'intimé ne saurait faire valoir un droit fondamental de faire appel en invoquant des motifs de compassion. La décision de prévoir ou de ne pas prévoir un appel sur ce fondement relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du législateur fédéral. Le Parlement aurait donc pu prévoir simplement la délivrance d'une attestation sans la tenue d'une audience. Mais le fait que le Parlement, ne se contentant pas de satisfaire aux exigences que lui impose la Constitution, a prévu la tenue d'une audience, permet-il à l'intimé de se plaindre de ce que cette audience ne respecte pas les principes de justice fondamentale? On pourrait soutenir que le Parlement n'a pas élargi la portée de ses obligations constitutionnelles en prévoyant à titre gracieux la tenue d'une audience. C'est toutefois là une question qu'il n'est pas nécessaire de trancher en l'espèce vu ma conclusion que, dans l'hypothèse où les procédures devant le comité de surveillance seraient assujetties aux principes de justice fondamentale, ceux-ci ont été respectés.

Les procédures en cause se sont déroulées dans le cadre formé par plusieurs dispositions législatives et par les règles du comité de surveillance. Aux termes du par. 82.1(3) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, les art. 43, 44 et 48 à 51 de la *Loi sur le SCRS* s'appliquent, sauf certaines adaptations précises et compte tenu d'autres adaptations de circonstance, à une enquête tenue par le comité de surveillance par suite d'un rapport conjoint du solliciteur général et du ministre de l'Emploi et de l'Immigration. Le paragraphe 48(2) de la *Loi sur le SCRS* dispose que nul n'a le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des

mittee by any other person. Pursuant to s. 39(1) of the Act, the Review Committee adopted the "Rules of Procedure of the Security Intelligence Review Committee in Relation to its Function Under Paragraph 38(c) of the Canadian Security Intelligence Service Act". Rules 45 to 51 set out the procedure relating to the making of representations under s. 48(2) of the *CSIS Act*. A party to an oral hearing may be represented by counsel, may call and examine witnesses and may make representations (Rule 48(1)). It is within the Committee's discretion to exclude from the hearing one or more parties during the giving of evidence or making of representations by another party (Rule 48(3)). It is also within the Committee's discretion, in balancing the requirements of preventing threats to the security of Canada and providing fairness to the person affected, to determine whether a party is entitled to cross-examine witnesses called by other parties (Rule 48(2)) and whether, if a party has been excluded from portions of the hearing, the substance of the evidence given or the representations made by the other party should be disclosed to that party (Rule 48(4)).

The scope of principles of fundamental justice will vary with the context and the interests at stake. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, La Forest J., writing for the majority, stated at p. 361:

It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness (see, e.g., the comments to this effect of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-23). It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

Similarly, the rules of natural justice and the concept of procedural fairness, which may inform principles of fundamental justice in a particular

observations au comité de surveillance, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet. En vertu du par. 39(1) de la Loi, le comité de surveillance a adopté les «Règles de procédure du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité à l'égard des fonctions exercées en vertu de l'alinéa 38(c) de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité». Les règles 45 à 51 énoncent la procédure relative à la présentation d'observations en vertu du par. 48(2) de la *Loi sur le SCRS*. Une partie au cours d'une audience peut être représentée par un avocat, appeler et interroger des témoins et formuler des observations (règle 48(1)). Le comité a la discrétion d'exclure de l'audience une ou plusieurs parties au cours de la présentation d'observations ou d'éléments de preuve par une autre partie (règle 48(3)). Le comité a en outre la discrétion, pour s'assurer que les exigences relatives à la sécurité du Canada sont respectées et que le plaignant est traité équitablement, de déterminer si une partie a le droit de contre-interroger des témoins appelés par d'autres parties (règle 48(2)), et si, dans le cas où une partie a été exclue de certaines parties de l'audience, la teneur des observations ou des éléments de preuve présentés par l'autre partie doit être divulguée à la première partie (règle 48(4)).

La portée des principes de justice fondamentale varie selon le contexte et la nature des intérêts en jeu. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest affirme au nom de la majorité, à la p. 361:

Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l'équité en matière de procédure (voir, par exemple, les observations dans ce sens faites par le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213). Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l'être dans une autre.

De même, les règles de justice naturelle et le concept de l'équité procédurale, qui peuvent dans un contexte donné faire partie des principes de jus-

context, are not fixed standards. See: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879, at pp. 895-96; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682.

In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, La Forest J. explained at p. 539 that in assessing whether a procedure accords with fundamental justice, it may be necessary to balance competing interests of the state and the individual:

What these practices have sought to achieve is a just accommodation between the interests of the individual and those of the state, both of which factors play a part in assessing whether a particular law violates the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons*, [[1987] 2 S.C.R. 309], at pp. 327 and 329; *R. v. Beare*, [[1988] 2 S.C.R. 387], at pp. 403-5; also my reasons in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 745 (dissenting on another point); see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, *per* La Forest J. (Dickson C.J. and Lamer J. concurring). The interests in the area with which we are here concerned involve particularly delicate balancing. . . .

In the context of hearings conducted by the Review Committee pursuant to a joint report, an individual has an interest in a fair procedure since the Committee's investigation may result in its recommending to the Governor in Council that a s. 83 certificate issue, removing an appeal on compassionate grounds. However, the state also has a considerable interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources. The need for confidentiality in national security cases was emphasized by Lord Denning in *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball*, [1977] 3 All E.R. 452 (C.A.), at p. 460:

tice fondamentale, ne constituent pas des normes figées. Voir: *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, aux pp. 895 et 896; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la p. 682.

Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest explique à la p. 539 que, pour vérifier la conformité d'une procédure avec la justice fondamentale, il peut être nécessaire de soupeser les intérêts opposés de l'État et du particulier:

Ces pratiques ont tenté d'établir un juste équilibre entre les intérêts du particulier et ceux de l'État qui, dans les deux cas, jouent un rôle dans la question de savoir si une loi particulière viole les principes de justice fondamentale; voir les arrêts *R. c. Lyons*, [[1987] 2 R.C.S. 309], aux pp. 327 et 329, *R. c. Beare*, [[1988] 2 R.C.S. 387], aux pp. 403 à 405, ainsi que mes motifs dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745 (dissident sur un autre point); voir également l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest (aux motifs duquel souscrivent le juge en chef Dickson et le juge Lamer). Les intérêts visés dans le domaine qui nous concerne en l'espèce doivent être soupesés de façon particulièrement délicate . . .

Dans le contexte d'audiences tenues par le comité de surveillance par suite d'un rapport conjoint, le particulier a intérêt à ce que la procédure soit équitable puisque le comité peut, au terme de son enquête, recommander au gouverneur en conseil la délivrance d'une attestation visée à l'art. 83, laquelle écarte la possibilité d'un appel fondé sur des motifs de compassion. Cependant, l'État a aussi grandement intérêt à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police. La nécessité de confidentialité dans les affaires mettant en cause la sécurité nationale est soulignée par lord Denning dans l'arrêt *R. c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball*, [1977] 3 All E.R. 452 (C.A.), à la p. 460:

The information supplied to the Home Secretary by the Security Service is, and must be, highly confidential. The public interest in the security of the realm is so great that the sources of information must not be disclosed, nor should the nature of the information itself be disclosed, if there is any risk that it would lead to the sources being discovered. The reason is because, in this very secretive field, our enemies might try to eliminate the source of information.

On the general need to protect the confidentiality of police sources, particularly in the context of drug-related cases: see *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 994-95. See also *Ross v. Kent Inst.* (1987), 57 C.R. (3d) 79, at pp. 85-88 (B.C.C.A.), in which that court held that it is not essential in order to comply with principles of fundamental justice that an inmate know the sources of information before the Parole Board as long as he is informed of the substance of that information.

The *CSIS Act* and Review Committee Rules recognize the competing individual and state interests and attempt to find a reasonable balance between them. The Rules expressly direct that the Committee's discretion be exercised with regard to this balancing of interests.

In this case the respondent was first provided with the "Statement of Circumstances giving rise to the making of a Report by the Solicitor General of Canada and the Minister of Employment and Immigration to the Security Intelligence Review Committee". This document set out the nature of the information received by the Review Committee from the Ministers, including that the respondent had been involved in drug trafficking, and was involved in the murder of a named individual. Also prior to the Review Committee hearing, the respondent was provided with an extensive summary of surveillance of his activities (the "Chronology of Information") and a "Summary of Interpretation of Intercepted Private Communications Relating to the Murder of Domenic Racco". Although the first day of the hearing was conducted *in camera*, the respondent was provided with a summary of the evidence presented. In my

[TRADUCTION] Les renseignements fournis au *Home Secretary* par le Service de sécurité sont, et doivent être, hautement confidentiels. L'intérêt public dans la sûreté du Royaume est si grand que les sources de renseignements ne doivent pas être révélées, ni leur nature, s'il en résulte le moindre risque de faire découvrir ces sources. La raison en est que, dans ce domaine où la dissimulation est reine, nos ennemis pourraient tenter d'éliminer la source de ces informations.

Sur la nécessité générale de protéger la confidentialité des sources de renseignements de la police, notamment dans le domaine des stupéfiants, voir l'arrêt *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 994 et 995. Voir aussi l'arrêt *Ross c. Kent Inst.* (1987), 57 C.R. (3d) 79, aux pp. 85 à 88 (C.A.C.-B.), dans lequel la cour a statué qu'il n'est pas nécessaire pour que soient respectés les principes de justice fondamentale qu'un détenu connaisse les sources des renseignements dont dispose la Commission des libérations conditionnelles, pourvu qu'il soit informé de leur substance.

La *Loi sur le SCRS* et les règles du comité de surveillance reconnaissent l'existence des intérêts opposés des particuliers et de l'État et tentent d'établir un équilibre raisonnable entre ces intérêts. Les règles exigent expressément en effet que le comité exerce son pouvoir discrétionnaire dans l'établissement de cet équilibre.

En l'espèce, l'intimé a reçu d'abord l'«Énoncé des circonstances ayant donné lieu à la présentation d'un rapport par le solliciteur général du Canada et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration au comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité». Ce document précise la nature des renseignements que les ministres ont fournis au comité de surveillance et révèle notamment que l'intimé avait participé au trafic de stupéfiants et au meurtre d'un individu nommé Domenic Racco. L'intimé a reçu en outre, antérieurement à l'audience devant le comité de surveillance, un long résumé portant sur la surveillance de ses activités (la «Suite de renseignements») ainsi qu'un «Sommaire de l'interprétation de l'interception de communications privées relatives au meurtre de Domenic Racco». Quoique l'audience se soit déroulée à huis clos le premier jour, un résumé des éléments de preuve produits a été fourni à l'intimé.

view, these various documents gave the respondent sufficient information to know the substance of the allegations against him, and to be able to respond. It is not necessary, in order to comply with fundamental justice in this context, that the respondent also be given details of the criminal intelligence investigation techniques or police sources used to acquire that information.

The respondent was also given the opportunity to respond, by calling his own witnesses or by requesting that he be allowed to cross-examine the RCMP witnesses who testified *in camera*. The Chairman of the Review Committee clearly indicated an intention to allow such cross-examination:

Certainly, it would be my inclination that if the RCMP wish to call witnesses in support of any or all of the comments that they may make in support of the Statement of Circumstances, there would be the opportunity for the applicant's counsel to cross-examine.

The respondent chose not to exercise these options. Having regard to the information that was disclosed to the respondent, the procedural opportunities that were available to him, and the competing interests at play in this area, I conclude that the procedure followed by the Review Committee in this case did not violate principles of fundamental justice.

VI. Conclusion

I would therefore allow the appeal, dismiss the cross-appeal, both with costs, and answer the constitutional questions as follows:

Main Appeal

1. (a) Do sections 82.1 and 83 of the *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now ss. 81 and 82 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2) infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

À mon avis, ces différents documents renfermaient suffisamment de renseignements pour mettre l'intimé au courant de la substance des actes qu'on lui reprochait et pour lui permettre de répondre. La justice fondamentale n'exige nullement dans ce contexte que soient également donnés à l'intimé des détails concernant les méthodes d'enquête sur la criminalité ou les sources auxquelles la police a eu recours pour obtenir ces renseignements.

De plus, l'intimé a eu la possibilité de répondre en produisant ses propres témoins ou en demandant la permission de contre-interroger les témoins de la GRC qui avaient déposé à huis clos. Le président du comité de surveillance a clairement manifesté l'intention d'autoriser un tel contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] Si la GRC souhaitait produire des témoins au soutien de l'une ou l'autre des observations qu'elle a faites pour appuyer l'Énoncé des circonstances, je serais certainement disposé à accorder à l'avocat du requérant la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire.

L'intimé a choisi de ne pas se prévaloir de ces possibilités. Eu égard aux renseignements qui lui ont été communiqués, aux possibilités qui s'offraient à lui sur le plan de la procédure et aux intérêts qui entrent en concurrence dans ce domaine, je conclus que la procédure suivie par le comité de surveillance en l'espèce ne violait pas les principes de justice fondamentale.

VI. Conclusion

Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas, et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

Pourvoi principal

1. a) Les articles 82.1 et 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, modifiée par S.C. 1984, ch. 21, art. 84, (maintenant les art. 81 et 82 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2), portent-ils atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Answer: Assuming without deciding that s. 7 applies, the answer is no.

(b) If the sections referred to above do infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*, are they justified by s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question does not have to be answered.

2. (a) Does reliance upon the certificate authorized by s. 83 of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now s. 82 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2) filed in the respondent's case result in an infringement of his rights pursuant to s. 7 of the *Charter*, because the process followed by the Security Intelligence Review Committee did not meet the requirements of s. 7?

Answer: Assuming without deciding that s. 7 applies, the answer is no.

(b) If reliance upon the certificate does infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*, is it justified by s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question does not have to be answered.

Cross-Appeal

1. (a) Do s. 27(1)(d)(ii) and s. 32(2) of the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, as amended by S.C. 1984, c. 21, s. 84 (now s. 27(1)(d)(ii) and s. 32(2) of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2) infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that they require the deportation of persons convicted of an offence carrying a maximum punishment of five years or more, without reference to the circumstances of the offence or the offender?

Answer: With respect to s. 15, the answer is no. Assuming, without deciding, that either s. 7 or s. 12 apply, the answer is no.

(b) If the paragraph and subsection referred to above do infringe or deny the rights guaranteed by ss. 7, 12

Réponse: À supposer, sans trancher le point, que l'art. 7 soit applicable, la réponse est négative.

b) Si les dispositions susmentionnées portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, sont-elles justifiées par l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Point n'est besoin de répondre à cette question.

2. a) Le fait de s'en remettre à l'attestation autorisée par l'art. 83 de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, modifiée par S.C. 1984, ch. 21, art. 84, (maintenant l'art. 82 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2), et produite dans le cas de l'intimé, entraîne-t-il une atteinte aux droits que lui confère l'art. 7 de la *Charte*, pour le motif que la procédure suivie par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité n'a pas satisfait aux exigences de l'art. 7?

Réponse: À supposer, sans trancher le point, que l'art. 7 soit applicable, la réponse est négative.

b) Si le fait de s'en remettre à l'attestation porte atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, cela est-il justifié par l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Point n'est besoin de répondre à cette question.

Pourvoi incident

1. a) Le sous-alinéa 27(1)d)(ii) et le par. 32(2) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, modifiée par S.C. 1984, ch. 21, art. 84, (maintenant le sous-al. 27(1)d)(ii) et le par. 32(2) de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2), portent-ils atteinte aux droits garantis par les art. 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* du fait qu'ils prescrivent l'expulsion des personnes déclarées coupables d'une infraction assortie d'une peine d'au moins cinq ans de prison, indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant?

Réponse: En ce qui concerne l'art. 15, la réponse est négative. À supposer, sans trancher le point, que l'un ou l'autre des art. 7 et 12 soit applicable, la réponse est négative.

b) Si le sous-alinéa et le paragraphe susmentionnés portent atteinte aux droits garantis par les art. 7, 12 et

and 15 of the *Charter*, are they justified by s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question does not have to be answered.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed. With respect to the main appeal, assuming without deciding that s. 7 is applicable, ss. 82.1 and 83 of the Immigration Act, 1976, do not infringe or deny the rights guaranteed by s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and reliance upon the certificate authorized by s. 83 of the Immigration Act, 1976, did not result in an infringement of s. 7 having regard to the process followed by the Security Intelligence Review Committee. With respect to the cross-appeal, the requirement that persons convicted of an offence carrying a maximum punishment of five years or more be deported, without reference to the circumstances of the offence or the offender, does not offend s. 15, or ss. 7 or 12 assuming without deciding that these sections applied.

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

Solicitor for the respondent: Irwin Koziobrocki, Toronto.

Solicitors for the interveners: Noël, Berthiaume, Aubry, Hull.

15 de la *Charte*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Point n'est besoin de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté. En ce qui concerne le pourvoi principal, à supposer, sans trancher le point, que l'art. 7 soit applicable, les art. 82.1 et 83 de la Loi sur l'immigration de 1976 ne portent pas atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés et le fait de s'en remettre à l'attestation autorisée par l'art. 83 de la Loi sur l'immigration de 1976 n'entraîne pas une violation de l'art. 7 relativement à la procédure suivie par le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. En ce qui concerne le pourvoi incident, l'exigence que les personnes déclarées coupables d'une infraction assortie d'une peine d'au moins cinq ans de prison soient expulsées indépendamment des circonstances de l'infraction ou du contrevenant ne va pas à l'encontre de l'art. 15 ni des art. 7 ou 12, à supposer, sans trancher le point, que ces deux derniers articles soient applicables.

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

Procureur de l'intimé: Irwin Koziobrocki, Toronto.

Procureurs de l'intervenant: Noël, Berthiaume, Aubry, Hull.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

V. T. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. T. (V.)

File No.: 22413.

1992: January 29; 1992: March 26.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Young offenders — Accused found guilty of uttering threats — Court of Appeal directing verdict of acquittal — Whether youth court may decline to enter verdict of guilty on ground that charge should never have been laid — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(1), 19(2).

The accused, a young person living in a group home, was charged with mischief, assault and uttering threats. The complainant, an employee of the home, had asked the accused, who was 14 at the time, to refrain from using foul language at the supper table. She greeted this request with another obscenity and pushed her plate across the table, spilling some of the contents in the complainant's lap. Later, in the office, the complainant attempted to discuss the incident with the accused, who remained uncooperative. The situation degenerated to the point where the accused threw a newspaper and a videocassette at the complainant. She left the home and on her way out again lost her temper, causing some minor damage to the door frame and also telling the complainant that she would have some friends "get" him or "beat [him] up". The complainant testified that he took these threats seriously given the tone in which they were uttered and the fact that the accused may well have known individuals who would be interested in carrying them out. The youth court judge found the accused guilty on all three counts. The Court of Appeal set aside the finding of guilt on the charge of uttering threats. This appeal raises the issue of whether a youth court judge may decline to enter a verdict of guilty for conduct which exhibits all the requisite elements of the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **V. T.** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. T. (V.)

^b N° du greffe: 22413.

1992: 29 janvier; 1992: 26 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

^d *Droit criminel — Jeunes contrevenants — Accusée reconnue coupable d'avoir proféré des menaces — La Cour d'appel a ordonné l'acquittement — Le tribunal pour adolescents peut-il refuser d'inscrire un verdict de culpabilité pour le motif que l'accusation n'aurait jamais dû être portée? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3(1), 19(2).*

^e L'accusée, une adolescente qui demeurait dans un foyer de groupe, a été accusée de méfait, de voies de fait et d'avoir proféré des menaces. Le plaignant, un employé du foyer, avait demandé à l'accusée, alors âgée de 14 ans, de s'abstenir d'employer un langage grossier à table. Elle a répondu par une autre obscénité et a repoussé son assiette, renversant une partie de son contenu sur les genoux du plaignant. Plus tard, dans le bureau, le plaignant a tenté de discuter de l'incident avec l'accusée, mais celle-ci refusait toujours de collaborer. La situation a dégénéré à un point tel que l'accusée a lancé un journal et une vidéocassette à la tête du plaignant. En quittant ensuite la maison, elle est de nouveau sortie de ses gonds, endommageant légèrement le cadre de la porte et disant au plaignant qu'elle irait chercher des amis pour lui «casser la gueule». Le plaignant a témoigné qu'il avait pris la chose au sérieux étant donné le ton sur lequel les menaces avaient été proférées et la forte possibilité que l'intimée connaisse des gens intéressés à les mettre à exécution. Le tribunal pour adolescents a reconnu l'accusée coupable quant aux trois chefs d'accusation. La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité quant à l'accusation d'avoir proféré des menaces. Le pourvoi soulève la question de savoir si un juge d'un tribunal pour adolescents peut refuser d'inscrire un verdict de culpabilité d'une infraction pour une

offence if he or she is of the view that the charge ought never to have been laid.

Held: The appeal should be allowed.

The Crown has a broad discretion in the carriage of criminal cases. This discretion rests largely on the recognition that the decision to prosecute is particularly ill-suited to judicial review. And, while prosecutorial discretion is not absolute in its operation (a stay of proceedings is available in the clearest of cases to prevent violations of the principles of fundamental justice and abuse of the court's process, for example), it is nonetheless an important feature of our criminal procedure. To hold that a youth court judge has jurisdiction to dismiss a charge on the ground that it ought never to have been laid would thus represent a marked departure from the law as it currently exists. It is open to Parliament to effect such a change but it must make manifest its intention to do so. While s. 19(2) gives a youth court discretion to dismiss a charge, this provision alone does not contain the necessary clarity to effect such a change. Nor can a sufficient intention be found in the combined operation of ss. 19(2) and 3(1). Section 3(1)(d) contemplates the taking of "no measures" or "measures other than judicial proceedings" where this would not be inconsistent with the protection of society, but this provision must be read in conjunction with the rest of s. 3(1) which also provides that "young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions" and that "society must . . . be afforded the necessary protection from illegal behaviour". Hence, while s. 3(1) is not merely a "preamble", it does not reveal the kind of clear, singular intention necessary to alter the law of criminal procedure so radically.

Cases Cited

Referred to: *R. v. A. K.*, B.C. Co. Ct., June 3, 1988, unreported; *R. v. D. L.*, B.C. Prov. Ct., March 29, 1985, unreported; *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680; *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Re Harvey* (1957), 119 C.C.C. 124; *Re Balderstone and The Queen* (1983), 4 D.L.R. (4th) 162; *R. v. Poirier*, Man. Prov. Ct., June 7, 1989, unreported; *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598 (1985); *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Jewitt*, [1985]

conduite qui en contient tous les éléments, s'il est d'avis que l'accusation n'aurait jamais dû être portée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

^a Dans la conduite des affaires criminelles, le ministère public a un large pouvoir discrétionnaire, qui repose en grande partie sur la reconnaissance que la décision d'instituer des poursuites se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire. Bien que son application n'ait rien d'absolu (par exemple, un arrêt des procédures peut s'avérer possible dans les cas les plus manifestes pour prévenir la violation de principes de justice fondamentale et l'abus des procédures judiciaires), le pouvoir discrétionnaire est néanmoins un élément important de notre procédure pénale. Conclure qu'un juge d'un tribunal pour adolescents est compétent pour rejeter les accusations pour le motif que celles-ci n'auraient jamais dû être portées représenterait une dérogation marquée par rapport à l'état actuel du droit. Le législateur peut apporter une telle modification, mais il doit rendre son intention manifeste. Bien que le par. 19(2) accorde à un tribunal pour adolescents le pouvoir discrétionnaire de rejeter une accusation, cette seule disposition n'a pas la clarté nécessaire qui permet de conclure à l'existence d'une telle modification. On ne peut trouver non plus une intention suffisante dans la combinaison des par. 19(2) et 3(1). L'alinéa 3(1)d) prévoit la prise de mesures autres que des procédures judiciaires ou aucune mesure lorsque ce faire ne serait pas inconsistent avec la protection de la société, mais cette disposition doit être lue à la lumière du reste du par. 3(1) qui dispose également que «toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits» et que «la société [. . .] doit pouvoir se protéger contre toute conduite illicite». Par conséquent, bien que le par. 3(1) ne soit pas un simple préambule, on n'y décèle pas l'intention claire et homogène nécessaire pour un changement aussi radical dans le droit de la procédure pénale.

^h Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. A. K.*, C. cté C.-B., 3 juin 1988, inédit; *R. c. D. L.*, C. prov. C.-B., 29 mars 1985, inédit; *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680; *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Re Harvey* (1957), 119 C.C.C. 124; *Re Balderstone and The Queen* (1983), 4 D.L.R. (4th) 162; *R. c. Poirier*, C. prov. Man., 7 juin 1989, inédit; *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497; *Wayte c. United States*, 470 U.S. 598 (1985); *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c.*

2 S.C.R. 128; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *R. v. M. (J.)*, B.C. Prov. Ct., May 30, 1991, unreported; *R. v. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25; *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426. *Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *R. c. M. (J.)*, C. prov. C.-B., 30 mai 1991, inédit; *R. c. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25; *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426.

Statutes and Regulations Cited

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(1), (2), 4, 19(1), (2), 20, 51.

Authors Cited

Bala, Nicholas and Heine Lilles. *The Young Offenders Act Annotated*. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1984.

Bala, Nicholas and Mary-Anne Kirvan. "The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts". In *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice*. Edited by Alan W. Leschied, Peter G. Jaffe and Wayne Willis. Toronto: University of Toronto Press, 1991.

Cross, Sir Rupert. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. By John Bell and Sir George Engle. London: Butterworths, 1987.

Doob, Anthony N. and Lucien A. Beaulieu. "Variation in the Exercise of Judicial Discretion with Young Offenders" (1992), 34 *Can. J. Crim.* 35.

Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15.

Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989.

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora: Canada Law Book, 1989.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 64 C.C.C. (3d) 40, allowing the accused's appeal from her conviction on a charge of uttering threats. Appeal allowed.

Carol C. Baird, for the appellant.

D. Wayne Robertson, for the respondent.

Lois et règlements cités

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3(1), (2), 4, 19(1), (2), 20, 51 [mod. ch. 24 (2^e suppl.), art. 44, ann., n^o 5 (F)].

Doctrine citée

Bala, Nicholas et Heine Lilles. *La Loi sur les jeunes contrevenants annotée*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984.

Bala, Nicholas and Mary-Anne Kirvan. «The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts». In *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice*. Edited by Alan W. Leschied, Peter G. Jaffe and Wayne Willis. Toronto: University of Toronto Press, 1991.

Cross, Sir Rupert. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. By John Bell and Sir George Engle. London: Butterworths, 1987.

Doob, Anthony N. and Lucien A. Beaulieu. «Variation in the Exercise of Judicial Discretion with Young Offenders» (1992), 34 *Can. J. Crim.* 35.

Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

Morgan, Donna C. «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15.

Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1989.

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora: Canada Law Book, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 64 C.C.C. (3d) 40, qui a accueilli l'appel de l'accusée contre sa déclaration de culpabilité quant à une accusation d'avoir proféré des menaces. Pourvoi accueilli.

Carol C. Baird, pour l'appelante.

D. Wayne Robertson, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—This appeal raises the issue of whether a Youth Court judge may decline to enter a verdict of guilty for conduct which, though apparently of a rather minor nature, exhibits all the requisite elements of the offence, if he or she is of the view that the charge ought never to have been laid. This is a narrow point but one of some significance in relation to the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1 (hereinafter “the Act”).

Factual Background

The circumstances surrounding this appeal are not in dispute and may be dealt with rather summarily.

On December 4, 1989, the respondent was fourteen years old and was involved in an incident at her residence, the Touchstone Group Home, in Richmond, British Columbia. The complainant, Mr. Louis Larson, an employee of the home and at all material times the respondent's parent within the meaning of the Act, requested that the respondent refrain from using foul language at the supper table. The respondent greeted this request with another obscenity and pushed her plate across the table, spilling some of the contents in the complainant's lap. Later, in the office, the complainant attempted to discuss the incident with the respondent, who remained uncooperative. The situation degenerated to the point where the respondent threw a newspaper and a videocassette at Mr. Larson. She left the home and on her way out again lost her temper, causing some minor damage to the door frame and also telling Mr. Larson that she would have some friends “get” him or “beat [him] up”. Mr. Larson testified that he took these threats seriously given the tone in which they were uttered and the fact that the respondent may well have known individuals who would be interested in carrying them out.

Constable Simpson of the Richmond detachment of the RCMP happened to be in the home on unrelated matters on the night in question. The

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—Un juge d'un tribunal pour adolescents peut-il refuser d'inscrire un verdict de culpabilité pour une infraction qui, bien que de gravité plutôt mineure en apparence, en contient tous les éléments, s'il est d'avis que l'accusation n'aurait jamais dû être portée? C'est la question que pose cet appel. Quoique limitée, cette question n'en revêt pas moins une certaine importance en ce qui concerne la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1 (ci-après «la Loi»).

Les faits

Les faits ne sont pas en litige et peuvent se résumer ainsi.

Le 4 décembre 1989, l'intimée, alors âgée de 14 ans, a été mêlée à un incident à sa résidence, le foyer de groupe Touchstone, à Richmond en Colombie-Britannique. Le plaignant, M. Louis Larson, employé du foyer et, à toutes époques pertinentes père de l'intimée au sens de la Loi, lui avait demandé de s'abstenir d'employer un langage grossier à table. L'intimée a répondu par une autre obscénité et a repoussé son assiette, renversant une partie de son contenu sur les genoux du plaignant. Plus tard, dans le bureau, le plaignant a tenté de discuter de l'incident avec l'intimée, mais celle-ci refusait toujours de collaborer. La situation a dégénéré à un point tel que l'intimée a lancé un journal et une vidéocassette à la tête de M. Larson. En quittant ensuite la maison, elle est de nouveau sortie de ses gonds, endommageant légèrement le cadre de la porte et disant à M. Larson qu'elle irait chercher des amis pour lui [TRADUCTION] «casser la gueule». Monsieur Larson a témoigné qu'il avait pris la chose au sérieux étant donné le ton sur lequel les menaces avaient été proférées et la forte possibilité que l'intimée connaisse des gens intéressés à les mettre à exécution.

Cette nuit-là, l'agent Simpson du détachement de Richmond de la GRC se trouvait sur les lieux pour une autre affaire. L'intimée a été inculpée de

respondent was charged with one count of mischief in relation to property, one count of assault, and one count of uttering threats. She was found guilty on all three counts. Her appeal to the British Columbia Court of Appeal on the charge of uttering threats was allowed. Apparently, the parties have agreed that the finding of guilt on the charge of assault will be governed by the result of the instant appeal and that final disposition on both the assault charge and the charge of uttering threats will also await this Court's disposition.

Relevant Provisions of the Young Offenders Act

3. (1) It is hereby recognized and declared that

(a) while young persons should not in all instances be held accountable in the same manner or suffer the same consequences for their behaviour as adults, young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions;

(b) society must, although it has the responsibility to take reasonable measures to prevent criminal conduct by young persons, be afforded the necessary protection from illegal behaviour;

. . .

(d) where it is not inconsistent with the protection of society, taking no measures or taking measures other than judicial proceedings under this Act should be considered for dealing with young persons who have committed offences; [Emphasis added.]

. . .

(f) in the application of this Act, the rights and freedoms of young persons include a right to the least possible interference with freedom that is consistent with the protection of society, having regard to the needs of young persons and the interests of their families;

. . .

(h) parents have responsibility for the care and supervision of their children, and, for that reason, young persons should be removed from parental supervision either partly or entirely only when measures that pro-

méfait à l'égard d'un bien, de voies de fait, et d'avoir proféré des menaces. Elle a été déclarée coupable relativement à ces trois chefs d'accusation. Son appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique quant à l'accusation d'avoir proféré des menaces a été accueilli. Les parties ont semble-t-il convenu que le sort de la déclaration de culpabilité quant à l'accusation de voies de fait dépendra du résultat du présent pourvoi, et qu'il sera sursis à la décision finale quant aux deux accusations de voies de fait et d'avoir proféré des menaces jusqu'à ce que notre Cour rende sa décision.

Dispositions pertinentes de la Loi sur les jeunes contrevenants

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

a) les adolescents ne sauraient, dans tous les cas, être assimilés aux adultes quant à leur degré de responsabilité et les conséquences de leurs actes; toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits;

b) la société, bien qu'elle doive prendre les mesures raisonnables qui s'imposent pour prévenir la conduite criminelle chez les adolescents, doit pouvoir se protéger contre toute conduite illicite;

. . .

d) il y a lieu, dans le traitement des jeunes contrevenants, d'envisager, s'il est décidé d'agir, la substitution de mesures de rechange aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, compte tenu de la protection de la société; [Je souligne.]

. . .

f) dans le cadre de la présente loi, le droit des adolescents à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société, compte tenu des besoins des adolescents et des intérêts de leur famille;

. . .

h) les père et mère assument l'entretien et la surveillance de leurs enfants; en conséquence les adolescents ne sauraient être entièrement ou partiellement soustraits à l'autorité parentale que dans les seuls cas où

vide for continuing parental supervision are inappropriate.

(2) This Act shall be liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1).

4. (1) Alternative measures may be used to deal with a young person alleged to have committed an offence instead of judicial proceedings under this Act only if

(a) the measures are part of a program of alternative measures authorized by the Attorney General or his delegate or authorized by a person, or a person within a class of persons, designated by the Lieutenant Governor in Council of a province;

(b) the person who is considering whether to use such measures is satisfied that they would be appropriate, having regard to the needs of the young person and the interests of society;

(c) the young person, having been informed of the alternative measures, fully and freely consents to participate therein;

(d) the young person has, before consenting to participate in the alternative measures, been advised of his right to be represented by counsel and been given a reasonable opportunity to consult with counsel;

(e) the young person accepts responsibility for the act or omission that forms the basis of the offence that he is alleged to have committed;

(f) there is, in the opinion of the Attorney General or his agent, sufficient evidence to proceed with the prosecution of the offence; and

(g) the prosecution of the offence is not in any way barred at law.

(2) Alternative measures shall not be used to deal with a young person alleged to have committed an offence if the young person

(a) denies his participation or involvement in the commission of the offence; or

(b) expresses his wish to have any charge against him dealt with by the youth court.

(3) No admission, confession or statement accepting responsibility for a given act or omission made by a young person alleged to have committed an offence as a condition of his being dealt with by alternative measures

les mesures comportant le maintien de cette autorité sont contre-indiquées.

(2) La présente loi doit faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1).

4. (1) Le recours à des mesures de rechange à l'endroit d'un adolescent à qui une infraction est imputée, plutôt qu'aux procédures judiciaires prévues par la présente loi, peut se faire si les conditions suivantes sont réunies:

a) ces mesures sont dans le cadre d'un programme de mesures de rechange autorisé soit par le procureur général ou son délégué, soit par une personne ou une personne faisant partie d'une catégorie de personnes désignée par le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province;

b) la personne qui envisage de recourir à ces mesures est convaincue qu'elles sont appropriées, compte tenu des besoins de l'adolescent et de l'intérêt de la société;

c) l'adolescent, informé des mesures de rechange, a librement manifesté sa ferme volonté de collaborer à leur mise en œuvre;

d) l'adolescent, avant de manifester sa volonté de collaborer à leur mise en œuvre, a été avisé de son droit aux services d'un avocat et s'est vu donner la possibilité d'en consulter un;

e) l'adolescent se reconnaît responsable de l'acte ou de l'omission à l'origine de l'infraction qui lui est imputée;

f) le procureur général ou son représentant estiment qu'il y a des preuves suffisantes justifiant des poursuites relatives à l'infraction;

g) aucune règle de droit ne fait obstacle à la mise en œuvre de poursuites relatives à l'infraction.

(2) L'adolescent à qui une infraction est imputée ne peut faire l'objet de mesures de rechange dans les cas suivants:

a) il a dénié toute participation à la perpétration de l'infraction;

b) il a manifesté le désir de voir déférer au tribunal pour adolescents toute accusation portée contre lui.

(3) Les aveux de culpabilité ou les déclarations par lesquels l'adolescent, à qui une infraction est imputée, se reconnaît responsable d'un acte ou d'une omission déterminés ne sont pas, lorsqu'il les a faits pour pouvoir

shall be admissible in evidence against him in any civil or criminal proceedings.

(4) The use of alternative measures in respect of a young person alleged to have committed an offence is not a bar to proceedings against him under this Act, but

(a) where the youth court is satisfied on a balance of probabilities that the young person has totally complied with the terms and conditions of the alternative measures, the youth court shall dismiss any charge against him; and

(b) where the youth court is satisfied on a balance of probabilities that the young person has partially complied with the terms and conditions of the alternative measures, the youth court may dismiss any charge against him if, in the opinion of the court, the prosecution of the charge would, having regard to the circumstances, be unfair, and the youth court may consider the young person's performance with respect to the alternative measures before making a disposition under this Act.

(5) Subject to subsection (4), nothing in this section shall be construed to prevent any person from laying an information, obtaining the issue or confirmation of any process or proceeding with the prosecution of any offence in accordance with law.

19. (1) Where a young person pleads guilty to an offence charged against him and the youth court is satisfied that the facts support the charge, the court shall find the young person guilty of the offence.

(2) Where a young person pleads not guilty to an offence charged against him, or where a young person pleads guilty but the youth court is not satisfied that the facts support the charge, the court shall proceed with the trial and shall, after considering the matter, find the young person guilty or not guilty or make an order dismissing the charge, as the case may be. [Emphasis added.]

20. (1) Where a youth court finds a young person guilty of an offence, it shall consider any pre-disposition report required by the court, any representations made by the parties . . . and the court shall then make any one of the following dispositions, or any number thereof that are not inconsistent with each other:

(a) by order direct that the young person be discharged absolutely, if the court considers it to be in

bénéficiaire de mesures de rechange, admissibles en preuve dans les poursuites civiles ou pénales dirigées contre lui.

(4) Le recours aux mesures de rechange à l'endroit d'un adolescent à qui une infraction est imputée n'empêche pas la mise en œuvre de poursuites dans le cadre de la présente loi; toutefois, lorsque le tribunal pour adolescents est convaincu, selon la prépondérance des probabilités:

a) que l'adolescent a entièrement accompli les modalités des mesures de rechange, il doit rejeter les accusations portées contre lui;

b) que l'adolescent a partiellement accompli les modalités des mesures de rechange, il peut, s'il estime que les poursuites sont injustes eu égard aux circonstances, rejeter les accusations portées contre l'adolescent; le tribunal peut, avant de rendre une décision dans le cadre de la présente loi, tenir compte du comportement de l'adolescent dans l'application des mesures de rechange.

(5) Sous réserve du paragraphe (4), le présent article ne doit pas être interprété pour empêcher une personne de déposer une plainte, d'obtenir un acte judiciaire, la confirmation d'un tel acte ou de continuer des poursuites, conformément aux règles de droit.

19. (1) Lorsque l'adolescent plaide coupable de l'infraction dont il est accusé, le tribunal pour adolescents, s'il est convaincu que les faits justifient l'accusation, doit le déclarer coupable de l'infraction.

(2) Lorsque l'adolescent plaide non coupable de l'infraction dont il est accusé ou lorsqu'il plaide coupable sans que le juge soit convaincu que les faits justifient l'accusation, le procès doit suivre son cours; le juge, après avoir délibéré de l'affaire, déclare l'adolescent coupable ou non coupable, ou rejette l'accusation, selon le cas. [Je souligne.]

20. (1) Dans les cas où il trouve l'adolescent coupable d'une infraction, le tribunal doit tenir compte de tout rapport prédécisionnel qu'il aura exigé, des observations faites à l'instance par les parties [. . .]; ensuite le tribunal prononce, parmi les décisions suivantes, une ou plusieurs compatibles entre elles:

a) la libération inconditionnelle, décrétée par ordonnance, s'il estime que cette mesure est préférable pour

the best interests of the young person and not contrary to the public interest; [Emphasis added.]

51. Except to the extent that they are inconsistent with or excluded by this Act, all the provisions of the *Criminal Code* apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of offences alleged to have been committed by young persons.

Judgments

B.C. Youth Court, August 15, 1990

Despite the sympathy he might have felt for the accused's argument that the behaviour in question, while technically constituting an offence, ought not to attract the attention of the courts, Davis Prov. Ct. J. felt bound by the appellate court decision of *R. v. A. K.*, B.C. Co. Ct., June 3, 1988, unreported. He drew particular attention to the following passage from that case (at pp. 3-4):

... then it falls upon the youth court judge, no matter how unpleasant or, indeed, how unnecessary it may seem to him, to deal with it, and moreover, to make a decision in law on the facts which he finds to have been proven. That is the plain duty of any judge, whether or not he may be in philosophical agreement with the procedure or the nature of the charge.

Accordingly, Davis Prov. Ct. J. found the respondent guilty of one count of uttering threats and one count of assault. (It appears from the transcript that the charge of mischief had already been dealt with.)

British Columbia Court of Appeal (1991), 64 C.C.C. (3d) 40

On the appeal only from the finding of guilt on the charge of uttering a threat, Macdonald J.A. (Lambert and Cumming J.J.A. concurring) set out the facts and then alluded to two differing lines of jurisprudence in cases such as this. One, embodied in the reasons of the B.C. Provincial Court in *R. v. D. L.*, March 29, 1985, unreported, interpreted the Act in the context of parental powers and the discretion conferred on the court to direct the person acting *in loco parentis* to take matters of discipline into their hands and deal with these more minor

l'adolescent et non contraire à l'intérêt public; [Je souligne.]

51. Dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente loi ou écartées par celle-ci, les dispositions du *Code criminel* s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, aux infractions imputées à un adolescent.

Jugements et arrêts

Tribunal pour adolescents, C.-B., 15 août 1990

Malgré toute la sympathie qu'il ait pu éprouver pour la position de l'accusée suivant laquelle la conduite en cause, bien que constituant formellement une infraction, n'aurait pas dû être soumise aux tribunaux, le juge Davis de la Cour provinciale s'est estimé lié par la décision, *R. c. A. K.*, C. cté C.-B. siégeant un appel, 3 juin 1988, inédite. Il a en particulier attiré l'attention sur le passage suivant de cette décision (aux pp. 3 et 4):

[TRADUCTION] ... il incombe alors au juge du tribunal pour adolescents, quelque désagréable, voire même inutile que cela lui paraisse, d'entendre l'affaire et, qui plus est, de rendre une décision en droit sur les faits qu'il estime avoir été établis en preuve. Telle est manifestement l'obligation du juge, qu'il soit ou non en accord, sur le plan philosophique, avec la procédure suivie ou la nature de l'accusation portée.

En conséquence, le juge Davis a reconnu l'intimée coupable quant aux chefs d'accusation d'avoir proféré des menaces et d'avoir commis des voies de fait. (Il appert du dossier que l'accusation de méfait avait déjà été décidée.)

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 64 C.C.C. (3d) 40

Sur appel interjeté uniquement quant à la déclaration de culpabilité d'avoir proféré des menaces, le juge Macdonald (les juges Lambert et Cumming concourant) après avoir exposé les faits, a évoqué les deux courants de jurisprudence sur cette question. Suivant le premier, qu'illustrent les motifs de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R. c. D. L.*, 29 mars 1985, inédite, la Loi doit être interprétée dans le contexte des pouvoirs parentaux et du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'ordonner à la personne agissant *in loco*

matters at home. The second line of jurisprudence is embodied in *A. K.*, *supra*, and is characterized by a reticence on the part of the court to overstep its perceived mandate.

Macdonald J.A. then discussed the Act and, in particular, ss. 3(1), 3(2) and 51. He concluded (at p. 45):

With all respect, it is my view that *R. v. A.K.* was wrongly decided. The prosecuting authorities are required before they lay charges against young persons to act under the guidance of s. 3(1)(d). If they fail to do so the youth court judges who have the ultimate responsibility for application of the *Young Offenders Act* are not, in my view, helplessly bound to convict every time all elements of an offence are proved. The contention that they are so bound does not give the statute and particularly s. 3(1)(d) the liberal construction required by s. 3(2). If a judge dismisses a charge on the basis that it should never have been laid, having in mind s. 3(1)(d), the result is not as stated in *R. v. A.K.* to declare a crime not to be a crime. An offence has been proved but nevertheless the judge may decline to register a conviction. He or she may dismiss the charge.

Coming back to the case at bar, I would not express an opinion upon the facts of this case. Crown counsel says that they are more aggravated than indicated in the appellant's factum and uttering a threat can be in some circumstances a serious matter. But as I read the reasons of Judge Davis I conclude that he only convicted because he was bound by *R. v. A.K.*

That being so, I would allow the appeal and direct a verdict of acquittal.

Analysis

The position advanced by the respondent, as I understand it, is akin to that adopted by the Court of Appeal. She submits that the Youth Court had jurisdiction to dismiss the charges on the ground that those charges ought never to have been laid. This argument is based on the following propositions: 1) pursuant to s. 19(2), the Youth Court has

parentis d'assumer elle-même la responsabilité des questions de discipline et de s'occuper de ces questions relativement mineures à la maison. Le second courant, représenté par l'affaire *A. K.*, précitée, se caractérise par la réticence du tribunal à outrepasser son mandat tel qu'il le perçoit.

Le juge Macdonald a ensuite examiné la Loi et, en particulier, les par. 3(1), 3(2), ainsi que l'art. 51. Il a conclu (à la p. 45):

[TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que la décision *R. c. A.K.* est mal fondée. Avant de déposer des accusations contre des adolescents, la poursuite est tenue d'agir suivant l'al. 3(1)d). À défaut de ce faire, les juges des tribunaux pour adolescents, à qui incombe la responsabilité ultime de veiller à l'application de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ne sont pas, à mon avis, irrémédiablement tenus de prononcer une déclaration de culpabilité chaque fois que tous les éléments d'une infraction ont été prouvés. Soutenir qu'ils le sont ne donne pas à la Loi et particulièrement à l'al. 3(1)d) l'interprétation large qu'exige le par. 3(2). Si un juge s'autorise de l'al. 3(1)d) pour rejeter une accusation au motif qu'elle n'aurait jamais dû être portée, cela ne revient pas, contrairement à ce qui est dit dans la décision *R. c. A.K.*, à déclarer qu'un crime n'est pas un crime. La preuve d'une infraction a été établie mais le juge peut néanmoins refuser d'inscrire une déclaration de culpabilité. Il peut rejeter l'accusation.

Pour revenir à la présence espèce, je m'abstiendrai d'exprimer une opinion quant aux faits en litige. Le substitut du procureur général dit que ces faits sont plus sérieux qu'il n'appert du mémoire de l'appelante et que proférer des menaces peut, dans certaines circonstances, être grave. Mais, si j'ai bien compris les motifs du juge Davis, c'est uniquement parce qu'il s'estimait lié par la décision *R. c. A.K.* qu'il a rendu un verdict de culpabilité.

Cela étant, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner l'acquiescement.

Analyse

La position de l'intimée, telle que je la comprends, est semblable à celle qu'a adoptée la Cour d'appel. Elle fait valoir, en effet, que le tribunal pour adolescents était compétent pour rejeter les accusations pour le motif que celles-ci n'auraient jamais dû être portées. Cet argument s'articule autour des points suivants: 1) en vertu du

discretion to dismiss a charge; 2) the finding of guilt on the part of the respondent in these circumstances was inconsistent with the policies underlying the Act, particularly as reflected in s. 3(1); and, 3) by operation of s. 51, the Act specifically overrides the provisions of the *Criminal Code*.

Whatever the merits of this reasoning, it is clear that, if accepted as the proper interpretation of the Act, it would amount to a substantial alteration to normal criminal procedure and, in particular, to the principle of prosecutorial discretion. Consequently, prosecutorial discretion is a principle worthy of some discussion in the course of these reasons.

There is no doubt that the Crown acting through the Attorney General, and in turn through his or her prosecutors, has a wide amount of discretion in the carriage of criminal cases. Our own Court has recognized the principle numerous times and I would cite, as an example, the words of Fauteux C.J. in *Smythe v. The Queen*, [1971] S.C.R. 680, at p. 686:

Obviously, the manner in which the Attorney General of the day exercises his statutory discretion may be questioned or censured by the legislative body to which he is answerable, but that again is foreign to the determination of the question now under consideration. Enforcement of the law and especially of the criminal law would be impossible unless someone in authority be vested with some measure of discretionary power. The following statements made in [*R. v. Court of the Sessions of the Peace, ex parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244] at page 248, by Montgomery J., with the concurrence of Chief Justice Tremblay and Pratte J., are to the point and I adopt them.

I cannot conceive of a system of enforcing the law where some one in authority is not called upon to decide whether or not a person should be prosecuted for an alleged offence. Inevitably there will be cases where one man is prosecuted while another man, perhaps equally guilty, goes free. A single act, or series of acts, may render a person liable to prosecution in

par. 19(2), le tribunal pour adolescents a le pouvoir discrétionnaire de rejeter une accusation; 2) dans les circonstances, la déclaration de culpabilité de l'intimée était incompatible avec les principes qui sous-tendent la Loi, particulièrement avec ceux énoncés au par. 3(1); et 3) par application de l'art. 51, la Loi l'emporte expressément sur les dispositions du *Code criminel*.

Quel que soit le bien-fondé de ce raisonnement, il est clair que, s'il reflète une interprétation adéquate de la Loi, cela équivaudrait à déroger substantiellement aux règles ordinaires de la procédure pénale et, en particulier, au principe du pouvoir discrétionnaire de la poursuite. Il y a donc lieu de discuter de ce principe au cours de ces motifs.

Il ne fait aucun doute que le ministère public, agissant par l'entremise du procureur général, lequel agit à son tour par l'entremise de ses poursuivants, a un large pouvoir discrétionnaire dans la conduite des affaires criminelles. Notre Cour a maintes fois sanctionné ce principe. Je n'en citerai comme exemple que le passage suivant du juge en chef Fauteux dans l'arrêt *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680, à la p. 686:

De toute évidence, la façon dont le Procureur général alors en fonction exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par le législateur peut être mise en question ou censurée par le corps législatif auquel il répond, mais encore une fois, cela n'a aucun rapport avec la détermination de la question à l'examen. Il serait impossible, particulièrement en matière criminelle, d'appliquer la loi si un certain pouvoir discrétionnaire n'était dévolu à une personne ayant autorité. Les commentaires suivants de M. le Juge d'appel Montgomery dans l'affaire [*R. c. Court of The Sessions of the Peace, ex parte Lafleur*, [1967] 3 C.C.C. 244], page 248, et auxquels ont souscrit MM. les Juges Tremblay, Juge en chef, et Pratte, sont pertinents et je les fais miens:

[TRADUCTION] Je ne puis concevoir de système d'application de la loi où aucune personne ayant autorité ne serait appelée à décider si une personne doit être poursuivie ou non pour une infraction alléguée. Il se présentera inévitablement des cas où une personne sera poursuivie tandis qu'une autre, peut-être également coupable, ne le sera pas. Un acte unique, ou une

more than one charge, and someone must decide what charges are to be laid.

(See also: *R. v. Verrette*, [1978] 2 S.C.R. 838, at p. 850.)

Later, in the context of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Court had occasion to consider whether such discretion constituted an affront to the principles of fundamental justice. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410, La Forest J., speaking for the Court, states:

The existence of the discretion conferred by the statutory provisions does not, in my view, offend principles of fundamental justice. Discretion is an essential feature of the criminal justice system. A system that attempted to eliminate discretion would be unworkably complex and rigid. Police necessarily exercise discretion in deciding when to lay charges, to arrest and to conduct incidental searches, as prosecutors do in deciding whether or not to withdraw a charge, enter a stay, consent to an adjournment, proceed by way of indictment or summary conviction, launch an appeal and so on.

(See also: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 348, and Morgan, "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15, at pp. 17-24.)

Prosecutorial discretion has also been the subject of a number of lower court decisions. In *Re Harvey* (1957), 119 C.C.C. 124 (Ont. H.C.), at p. 125, McLennan J. notes that:

... the duty of a judicial officer under our system of the administration of criminal justice is to try charges which are brought before him, and not to substitute his own views as to what charge ought to be laid for those of the prosecuting officials. It should not be forgotten that if this practice were permitted, a Magistrate could lay a more serious charge than that laid by the Crown and if the members of the judicial branch in the administration

série d'actes, peuvent exposer une personne à des poursuites sur plus d'une accusation, et quelqu'un doit décider quelles accusations seront portées.

(Voir également *R. c. Verrette*, [1978] 2 R.C.S. 838, à la p. 850.)

Par la suite, dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*, notre Cour a eu l'occasion d'examiner si ce pouvoir discrétionnaire constituait une atteinte aux principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 410, le juge La Forest a exprimé ainsi le point de vue de la Cour:

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale. Le pouvoir discrétionnaire est une caractéristique essentielle de la justice criminelle. Un système qui tenterait d'éliminer tout pouvoir discrétionnaire serait trop complexe et rigide pour fonctionner. Les forces policières exercent nécessairement un pouvoir discrétionnaire quand elles décident de porter des accusations, de procéder à une arrestation et aux fouilles et perquisitions qui en découlent, tout comme la poursuite quand elle décide de retirer une accusation, de demander une suspension, de consentir à un ajournement, de procéder par voie d'acte d'accusation plutôt que par voie de déclaration sommaire de culpabilité, de former appel, etc.

(Voir également *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 348, et Morgan, «Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter» (1986), 29 *Crim. L.Q.* 15, aux pp. 17 à 24.)

Le pouvoir discrétionnaire du poursuivant a également fait l'objet d'un certain nombre de décisions d'instances inférieures. Dans l'affaire *Re Harvey* (1957), 119 C.C.C. 124 (H.C. Ont.), à la p. 125, le juge McLennan fait observer:

[TRADUCTION] ... dans notre système d'administration de la justice criminelle, la responsabilité d'un officier de justice est de juger à partir des accusations dont il est saisi, et non de substituer sa propre opinion à celle des agents de la poursuite quant à l'accusation qu'il convenait de porter. Il ne faut pas oublier que si cette pratique était permise, il pourrait arriver qu'un magistrat porte une accusation plus grave que ne l'a fait le ministère

of justice are at liberty to dictate the charges to be laid, chaos would inevitably result. [Emphasis added.]

The words of Monnin C.J.M. of the Manitoba Court of Appeal in *Re Balderstone and The Queen* (1983), 4 D.L.R. (4th) 162, at p. 169 (leave to appeal to this Court refused, [1983] 2 S.C.R. v) are to the same effect and, in my opinion, apposite:

The judicial and the executive must not mix. These are two separate and distinct functions. The accusatorial officers lay informations or in some cases prefer indictments. Courts or the curia listen to cases brought to their attention and decide them on their merits or on meritorious preliminary matters. If a judge should attempt to review the actions or conduct of the Attorney-General — barring flagrant impropriety — he could be falling into a field which is not his and interfering with the administrative and accusatorial function of the Attorney-General or his officers. That a judge must not do. [Emphasis added.]

I also wish to refer to the judgment of Giesbrecht Prov. Ct. J. in *R. v. Poirier*, Man. Prov. Ct., June 7, 1989, unreported, at pp. 11-12:

In the criminal law process prosecutorial discretion exists throughout the entire process, from the initial investigation stage through to the conclusion of the trial. The people involved in the process, be they police officers . . . or other individuals charged with the responsibility of investigating breaches of various laws, or crown attorneys, are not the same nor will they necessarily act in the same way in exercising the discretion they have. This may lead to a situation where one person is charged with an offence, while another in seemingly identical circumstances is not; one person is prosecuted by indictment another by summary conviction; one person is dealt with under one provision of a particular statute while another is dealt with under a different, perhaps harsher provision. As is pointed out by Scollin J. of the Manitoba Court of Queen's Bench in *Tit and Tit v. Director of Vital Statistics (Manitoba)* [1986] 4 W.W.R. 238, at p. 240:

public, et que si les membres de l'ordre judiciaire avaient toute liberté de dicter les accusations à porter, il en résulterait inévitablement le chaos dans l'administration de la justice. [Je souligne.]

Les propos du juge en chef Monnin de la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *Re Balderstone and The Queen* (1983), 4 D.L.R. (4th) 162, à la p. 169 (autorisation de pourvoi en notre Cour refusée, [1983] 2 R.C.S. v) vont dans le même sens et sont, à mon avis, pertinents:

[TRADUCTION] Il ne faut pas mêler le judiciaire et l'exécutif. Il s'agit de deux fonctions séparées et distinctes. Les responsables des accusations déposent une dénonciation ou, dans certains cas, des actes d'accusation. Les tribunaux ou les cours de justice connaissent des affaires dont ils sont saisis et statuent sur celles-ci quand au fond ou aux questions préliminaires valables. Si un juge tente d'examiner les actions ou le comportement du procureur général, — sauf en cas d'inconvenance flagrante — il se peut qu'il outre passe sa compétence et empêche le procureur général ou ses fonctionnaires d'exercer leur fonction administrative et accusatoire. Or c'est ce qu'un juge ne doit pas faire. [Je souligne.]

Je désire également me référer au jugement du juge Giesbrecht dans l'affaire *R. c. Poirier*, C. prov. Man., 7 juin 1989, inédite, aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] Le pouvoir discrétionnaire de la poursuite existe à toutes les étapes du processus pénal, de l'enquête initiale jusqu'à la fin du procès. Les personnes associées à ce processus, qu'elles soient agents de police [. . .] ou toute autre personne chargée d'enquêter sur la violation de diverses lois, ou encore substitués du procureur général, ne sont pas les mêmes et n'exerceront pas nécessairement leur pouvoir discrétionnaire de façon identique. Il se peut donc qu'une personne soit accusée d'une infraction alors qu'une autre, dans des circonstances apparemment identiques, ne le sera pas; l'une sera poursuivie par acte d'accusation, l'autre par voie de procédure sommaire; l'une sera jugée en vertu d'une disposition particulière d'une loi alors que l'autre sera jugée en vertu d'une autre disposition, peut-être plus sévère. Comme le souligne le juge Scollin de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba dans l'arrêt *Tit and Tit c. Director of Vital Statistics (Manitoba)*, [1986] 4 W.W.R. 238, à la p. 240:

“The world of democratic theory may be peopled by legal clones, but the real world is not.”

«Le monde de la théorie de la démocratie est peut-être peuplé de clones juridiques, mais ce n'est pas le cas dans le vrai monde.»

It is important to understand the rationale for this judicial deference to the prosecutor's discretion. In this regard, the reasons of Viscount Dilhorne in *Director of Public Prosecutions v. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), at p. 511, are instructive:

a Il est important de comprendre la raison de cette retenue judiciaire envers le pouvoir discrétionnaire du poursuivant. À cet égard, les motifs du vicomte Dilhorne dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Humphrys*, [1976] 2 All E.R. 497 (H.L.), à la p. 511, sont instructifs:

A judge must keep out of the arena. He should not have or appear to have any responsibility for the institution of a prosecution. The functions of prosecutors and of judges must not be blurred. If a judge has power to decline to hear a case because he does not think it should be brought, then it soon may be thought that the cases he allows to proceed are cases brought with his consent or approval. [Emphasis added.]

b [TRADUCTION] Un juge ne doit pas descendre dans l'arène. Il ne doit avoir ni sembler avoir aucune responsabilité dans l'institution d'une poursuite. Les rôles du ministère public et des juges doivent être nettement délimités. Si un juge a le pouvoir de refuser d'entendre une affaire parce qu'à son avis, elle n'aurait pas dû être engagée, on en viendra vite à penser que les affaires dont il autorise la poursuite sont entamées avec son consentement ou son approbation. [Je souligne.]

Consider also Powell J.'s comments in *Wayte v. United States*, 470 U.S. 598 (1985). Though the factual content of the case at bar is fundamentally different from that with which the U.S. Court was faced (selective prosecution of violators of a law requiring Selective Service registration), his caution respecting the institutional competence of the courts bears repeating. At pages 607-8 Powell J. remarks:

c Soulignons également les commentaires du juge Powell dans l'arrêt *Wayte c. United States*, 470 U.S. 598 (1985). Bien que les faits soient ici fondamentalement différents de ceux dont le tribunal américain était saisi (poursuite sélective des contrevenants à une loi exigeant l'enrôlement dans le cadre d'un programme de «Selective Service»), la mise en garde qu'adresse le juge Powell, aux pp. 607 et 608, concernant la compétence institutionnelle des tribunaux mérite d'être reprise:

This broad discretion rests largely on the recognition that the decision to prosecute is particularly ill-suited to judicial review. Such factors as the strength of the case, the prosecution's general deterrence value, the Government's enforcement priorities, and the case's relationship to the Government's overall enforcement plan are not readily susceptible to the kind of analysis the courts are competent to undertake. Judicial supervision in this area, moreover, entails systemic costs of particular concern. Examining the basis of a prosecution delays the criminal proceeding, threatens to chill law enforcement by subjecting the prosecutor's motives and decision-making to outside inquiry, and may undermine prosecutorial effectiveness by revealing the Government's enforcement policy. All these are substantial concerns that make the courts properly hesitant to examine the decision whether to prosecute. [Emphasis added.]

d [TRADUCTION] Ce large pouvoir discrétionnaire repose en grande partie sur la reconnaissance que la décision d'instituer des poursuites se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire. Des facteurs tels la valeur de la preuve, l'effet de dissuasion de la poursuite, les priorités du gouvernement en matière d'application de la loi et la place que tient l'affaire dans l'ensemble des mesures prises à cet effet, ne peuvent faire aisément l'objet du genre d'analyse relevant de la compétence des tribunaux. De plus, la surveillance judiciaire dans ce domaine engendre des coûts systémiques préoccupants. Examiner le fondement d'une poursuite en retarde le cheminement, menace de paralyser l'application de la loi en soumettant le processus et les motifs des décisions du poursuivant à une enquête extérieure et risque d'en saper l'efficacité en révélant la politique du gouvernement en matière d'application de la loi. Ce sont toutes là des questions importantes qui expliquent la réticence des tribunaux à soumettre à l'examen la décision d'instituer une poursuite. [Je souligne.]

I wish to be clear, however, that while the principle of prosecutorial discretion is an important precept in our criminal law, and exists for good reason, it is by no means absolute in its operation. It is now apparent, for example, that a stay of proceedings is available to prevent violations of the principles of fundamental justice and abuse of the court's process. In *R. v. Jewitt, infra*, our own Court relied heavily on the comments of the House of Lords in *Humphrys, supra*, at pp. 509-11, when it examined the question of whether or not the remedy was known in Canada:

Where an indictment has been properly preferred . . . has a judge power to quash it and to decline to allow the trial to proceed merely because he thinks that a prosecution of the accused for that offence should not have been instituted? I think there is no such general power and that to recognise the existence of such a degree of omnipotence is, as my noble and learned friend, Lord Edmund-Davies, has said, unacceptable in any country acknowledging the rule of law. But saying this does not mean that there is not a general power to control the procedure of a court so as to avoid unfairness. If at the time of *Connelly* it had been possible to try the murder and robbery charges together, then it might well have been held unfair, oppressive and an abuse of process for them to be tried separately, each charge being based on the same evidence. But that is very different from saying that a judge has power to stop a prosecution for perjury just because he thinks it should not have been brought and that it will show that the verdict at the trial at which it is alleged the perjury was committed should have been guilty.

If there is the power which my noble and learned friends think there is to stop a prosecution on indictment in limine, it is in my view a power that should only be exercised in the most exceptional circumstances. [Emphasis added.]

In this country, the issue apparently remained in some doubt following the decision of this Court in *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021. However, *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, resolved the matter. Dickson C.J., for the Court, relies on the passage from *Humphrys* cited above (which

Je tiens à dire clairement, toutefois, que si le respect du pouvoir discrétionnaire de la poursuite est, dans notre droit criminel, un principe important dont l'existence est pleinement justifiée, son application n'a rien d'absolu. À titre d'exemple, il est maintenant apparent qu'un arrêt des procédures peut s'avérer possible pour prévenir la violation de principes de justice fondamentale et l'abus des procédures judiciaires. Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, cité plus loin, notre Cour a puisé abondamment dans les remarques faites par la Chambre des lords dans l'arrêt *Humphrys*, précité, aux pp. 509 à 511, lorsqu'elle a examiné si le recours était reconnu au Canada:

[TRADUCTION] Si une accusation a été présentée à bon droit [. . .] un juge a-t-il le pouvoir de l'annuler et de refuser d'autoriser la poursuite du procès simplement parce qu'à son avis l'accusé n'aurait pas dû être poursuivi pour cette infraction? Je crois qu'un tel pouvoir général n'existe pas et qu'admettre l'existence de pareille omnipotence est, comme l'a dit mon noble et savant collègue, lord Edmund-Davies, inacceptable dans un pays qui reconnaît la primauté du droit. Cela ne veut pas dire cependant qu'il n'existe pas de pouvoir général de surveiller la procédure d'un tribunal afin de prévenir toute iniquité. Si, à l'époque de l'arrêt *Connelly*, il avait été possible de réunir les accusations de meurtre et de vol, on aurait fort bien pu considérer comme inéquitable, oppressif et constituant un abus de procédure le fait de tenir des procès séparés, chaque accusation étant fondée sur la même preuve. Cela est très différent que de dire qu'un juge a le pouvoir d'arrêter une poursuite pour parjure pour la seule raison qu'à son avis elle n'aurait pas dû être engagée et qu'il en ressortira qu'un verdict de culpabilité aurait dû être rendu au procès au cours duquel a été commis le parjure imputé.

Si, comme le pensent mes nobles et savants collègues, on peut arrêter in limine des poursuites sur mise en accusation, ce pouvoir, selon moi, ne devrait être exercé que dans les circonstances les plus exceptionnelles. [Je souligne.]

Au Canada, il subsistait apparemment certains doutes sur cette question suite à l'arrêt de notre Cour *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021. Ce doute a toutefois été dissipé dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. Expriment le point de vue de la Cour, le juge en chef Dickson s'est

was seen to temper the general reluctance expressed in *Rourke*) as well as the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 and allows for the possibility of the remedy. The former Chief Justice is, however, careful to restrict the cases in which it might be available. At pages 136-37 he states:

I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* . . . and affirm that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases". [Emphasis added.]

This position was subsequently confirmed in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, and *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. Again, in both instances the Court was careful to point out that the remedy will only be granted in the "clearest of cases".

From the preceding discussion it should be apparent that, while not absolute, the principle of prosecutorial discretion is an important and useful part of our criminal law. Hence, as I mentioned above, the interpretation of the Act which is urged upon us by the respondent and which was accepted by the Court of Appeal would represent a marked departure from the law as it currently exists. This, in turn, heightens the scrutiny with which the argument must be examined. As stated in *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 116:

It is presumed that the legislature does not intend to make any change in the existing law beyond that which is expressly stated in, or follows by necessary implication from, the language of the statute in question. It is thought to be in the highest degree improbable that Parliament would depart from the general system of law without expressing its intention with irresistible clearness, and to give any such effect to general words merely because this would be their widest, usual, natural

appuyé sur le passage précité de l'arrêt *Humphrys* (considéré comme tempérant la réticence générale exprimée dans *Rourke*), ainsi que sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289, pour reconnaître la possibilité de ce recours. Le Juge en chef d'alors prend cependant soin, aux pp. 136 et 137, de restreindre les cas où il peut être exercé:

Je fais mienne la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans son arrêt *R. c. Young* [. . .] et j'affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J'adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes». [Je souligne.]

Cette position a été ultérieurement confirmée dans les arrêts *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, et *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659. Encore là, la Cour a, dans les deux cas, tenu à souligner que le recours ne sera accordé que dans les «cas les plus manifestes».

De ce qui précède il ressort que le principe du pouvoir discrétionnaire de la poursuite, bien que non absolu, joue un rôle important et utile dans notre droit pénal. Il s'ensuit, comme je l'ai indiqué auparavant, que l'interprétation de la Loi que l'intimée nous demande d'adopter et que la Cour d'appel a acceptée représenterait une dérogation marquée par rapport à l'état actuel du droit. D'où la nécessité d'examiner encore plus soigneusement cet argument. Comme on le dit dans *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), à la p. 116:

[TRADUCTION] On présume que le législateur n'a pas l'intention d'introduire dans la loi existante d'autres changements que ceux qui sont expressément déclarés ou qui découlent de façon implicitement nécessaire du texte de loi en question. Il serait en effet hautement improbable que le Parlement déroge au régime général de droit sans exprimer son intention dans des termes d'une clarté incontestable. Donner un tel effet à des termes généraux simplement parce que ce serait là leur

or literal meaning would be to place on them a construction other than that which Parliament must be supposed to have intended.

(See also Cross, *Statutory Interpretation* (2nd ed. 1987), at pp. 169-72.)

Consequently, subject to such exceptions as the doctrine of abuse of process (which was not argued before us), while it is open to Parliament to confer discretion upon Youth Court judges to dismiss charges on the basis that those charges ought not to have been laid, indeed, subject to over-arching constitutional norms, it is open to Parliament to change the law in whatever way it sees fit, the legislation in which it chooses to make these alterations known must be drafted in such a way that its intention is in no way in doubt. The question for the purposes of this case becomes, therefore, whether Parliament has drafted the *Young Offenders Act* in such a way so as to make this intention manifest.

The type of clarity necessary to effect such a change cannot, in my opinion, be found in s. 19(2) alone. The wording of that section is not explicit enough to reflect an intent on the part of Parliament to confer on Youth Court judges the discretion to dismiss charges whenever it strikes their fancy. The respondent recognizes this and submits that Parliament's expression lies rather in the combined operation of ss. 19(2) and 3(1). Section 19(2), she points out, provides that a youth court may dismiss a charge. The court may do so, the argument continues, where the prosecutor has not acted in conformity with the principles underlying the Act. Those principles are contained in s. 3(1). The respondent relies particularly on s. 3(1)(d) which contemplates the taking of "measures other than judicial proceedings" or "no measures" where doing so would "not be inconsistent with the protection of society".

In light of my conclusions pertaining to the need of Parliament to make its intention manifest when effecting a change to the existing law, the argument of the respondent would appear to depend upon Parliament including a coherent, unified

sens le plus large, usuel, naturel ou littéral serait leur conférer une interprétation autre que celle que l'on doit supposer que le Parlement voulait leur donner.

(Voir également Cross, *Statutory Interpretation* (2^e éd. 1987), aux pp. 169 à 172.)

Par conséquent, sous réserve d'exceptions telle la doctrine de l'abus de procédure (non plaidée devant nous), il est loisible au législateur de conférer aux juges des tribunaux pour adolescents le pouvoir discrétionnaire de rejeter des accusations pour le motif qu'elles n'auraient pas dû être portées et, de fait, il lui est loisible, sous réserve des normes constitutionnelles, de modifier la loi de la façon qu'il juge appropriée, mais le texte législatif qui comporte ces modifications doit être rédigé de telle sorte que son intention ne fasse aucun doute. La question est donc ici de savoir si le législateur a rédigé la *Loi sur les jeunes contrevenants* de manière à rendre cette intention manifeste.

La clarté nécessaire pour pouvoir conclure à l'existence d'une telle modification ne saurait se retrouver, à mon avis, au seul par. 19(2). Le libellé de cette disposition n'est pas suffisamment explicite pour exprimer l'intention du législateur de conférer aux juges des tribunaux pour adolescents le pouvoir discrétionnaire de rejeter des accusations à leur guise. L'intimée le reconnaît et fait valoir que cette intention se retrouve plutôt dans la combinaison des par. 19(2) et 3(1). Le paragraphe 19(2), souligne-t-elle, dispose qu'un tribunal pour adolescents peut rejeter une accusation. Or le tribunal peut le faire, poursuit-elle, lorsque le poursuivant n'a pas agi en conformité avec les principes qui sous-tendent la Loi, énoncés au par. 3(1). L'intimée se fonde en particulier sur l'al. 3(1)d qui prévoit la prise de mesures autres que des procédures judiciaires ou aucune mesure lorsque ce faire ne serait pas inconsistant avec la protection de la société.

À la lumière de ma conclusion quant à la nécessité pour le législateur de rendre manifeste son intention d'apporter une modification au droit existant, l'argument de l'intimée paraît dépendre de la mesure dans laquelle le législateur a réussi à

statement of the principles underlying the *Young Offenders Act* and the goals sought to be achieved by its enactment. Presumably, if Parliament wished to confer upon the Youth Court the discretion to dismiss charges where the prosecutor has not acted in conformity with the philosophy of the Act, it would leave no doubt as to the nature of that philosophy.

I am unable to accede to the submission of the appellant that s. 3(1) is merely a "preamble" and does not carry the same force one would normally attribute to substantive provisions, especially since Parliament has chosen to include the section in the body of the Act. Yet, I am equally unable to attribute to that section the clarity necessary to accept the respondent's interpretation. Section 3(1)(d) admittedly advocates the taking of no measures in certain circumstances. However, this subsection must be read in conjunction with the rest of s. 3 which states, *inter alia*, that "young persons who commit offences should nonetheless bear responsibility for their contraventions" (3(1)(a)), and that "society must . . . be afforded the necessary protection from illegal behaviour" (3(1)(b)). These statements, on their face, would both militate against the action advocated by the Court of Appeal just as much as s. 3(1)(d) is said to militate in favour of it.

Some commentators have been relatively critical of the drafting of the Declaration of Principle as it appears in s. 3(1). Platt, in *Young Offenders Law in Canada* (1989), at § 2.18, has said:

In many respects, the policies are an articulation of the principles of criminal law in the context of young persons. The difficulty is that they are not coherent and, in some instances, are positively inconsistent. It is because of this that s. 3(1) is such a fertile ground for both the defence and the prosecution in searching out Parliament's legislative intention.

However, while I am not unmindful of the apparent inconsistencies of the stated goals of the Act as contained in s. 3(1), in my opinion the better view is that advocated by Bala and Kirvan in Chapter 4 of *The Young Offenders Act: A Revolu-*

intégrer dans la *Loi sur les jeunes contrevenants* un énoncé cohérent et homogène de ses principes sous-jacents et des objectifs poursuivis. On peut présumer que si le législateur avait voulu conférer au tribunal pour adolescents le pouvoir discrétionnaire de rejeter des accusations lorsque le poursuivant n'a pas agi en conformité avec la philosophie de la Loi, il n'aurait laissé aucun doute quant à la nature de cette philosophie.

Je ne puis souscrire à l'argument de l'appelante suivant lequel le par. 3(1) n'est qu'un «préambule» et n'a pas la même force que celle qu'on attribue généralement à des dispositions de fond, étant donné en particulier le choix du législateur d'intégrer cet article dans le corps de la Loi. Cependant, je ne retrouve pas davantage dans cette disposition la clarté nécessaire pour souscrire à l'interprétation de l'intimée. Certes, l'al. 3(1)d) prévoit la possibilité, dans certaines circonstances, de ne prendre aucune mesure. Il faut cependant lire cet alinéa à la lumière du reste de l'art. 3 qui dispose, entre autres, que «toutefois, les jeunes contrevenants doivent assumer la responsabilité de leurs délits» (3(1)a)), et que «la société [. . .] doit pouvoir se protéger contre toute conduite illicite» (3(1)b)). À première vue, ces énoncés militent autant contre la position prise par la Cour d'appel que l'al. 3(1)d) militerait en sa faveur.

Certains commentateurs se sont montrés relativement critiques à l'endroit de la déclaration de principes qui figure au par. 3(1). Dans l'ouvrage *Young Offenders Law in Canada* (1989), Platt dit, au § 2.18:

[TRADUCTION] À beaucoup d'égards, la politique énoncée n'est que l'articulation des principes du droit pénal appliqués aux adolescents. Le problème, c'est que cette politique n'est pas cohérente et qu'elle est même, dans certains cas, clairement contradictoire. C'est pourquoi le par. 3(1) offre, pour la défense comme pour la poursuite, un terrain si fertile dans la recherche de l'intention du législateur.

Je ne nie pas qu'il y ait des contradictions apparentes dans l'énoncé des objectifs au par. 3(1), mais la meilleure analyse me semble toutefois être celle que l'on retrouve au chapitre 4 de l'ouvrage de Bala et Kirvan, *The Young Offenders Act: A*

tion in Canadian Juvenile Justice (1991), at pp. 80-81:

It is apparent that there is a level of societal ambivalence in Canada about the appropriate response to young offenders. On the one hand, there is a feeling that adolescents who violate the criminal law need help to enable them to grow into productive, law-abiding citizens; this view is frequently reflected in media stories about inadequate facilities for treating young offenders. On the other hand, there is a widespread public concern about the need to control youthful criminality and protect society. This view is reflected in media stories and editorials commenting on the alleged inadequacy of the three-year maximum disposition that can be applied to young offenders, a particular public concern in regard to those youths who commit very serious, violent offences.

While it may not be inaccurate to suggest that the Declaration of Principle reflects a certain societal ambivalence about young offenders, it is also important to appreciate that it represents an honest attempt to achieve an appropriate balance for dealing with a very complex social problem. The YOA does not have a single, simple underlying philosophy, for there is no single, simple philosophy that can deal with all situations in which young persons violate the criminal law. While the declaration as a whole defines the parameters for juvenile justice in Canada, each principle is not necessarily relevant to every situation. The weight to be attached to a particular principle will be determined in large measure by the nature of the decision being made and the specific provisions of the YOA that govern the situation. There are situations in which there is a need to balance competing principles, but this is a challenge in cases in the adult as well as the juvenile system.

There is a fundamental tension in the YOA between such competing ideals as due process and treatment; in some situations, the act gives precedence to due process, though in exceptional circumstances treatment may be emphasized at the expense of due process. The underlying philosophical tensions in the YOA reflect the very complex nature of youthful criminality. There is no single, simple philosophy and no single type of program that will "solve" the problem of youthful criminality. Judges and the other professionals who work with young persons who violate the criminal law require a

Revolution in Canadian Juvenile Justice (1991), aux pp. 80 et 81:

[TRADUCTION] Il est manifeste qu'il existe une certaine ambivalence dans la société quant à l'attitude à adopter envers les jeunes contrevenants. D'une part, on estime que les adolescents qui enfreignent les lois pénales ont besoin d'aide pour leur permettre de devenir des citoyens productifs et respectueux des lois; cette opinion est fréquemment véhiculée dans les reportages des médias sur le manque de moyens disponibles pour le traitement des jeunes contrevenants. D'autre part, le souci de contrôler la criminalité juvénile et de protéger la société est aussi largement répandu dans l'opinion publique. Ce souci se dégage des reportages et des éditoriaux où l'on discute de l'insuffisance de la peine maximale de trois ans applicable aux jeunes contrevenants, particulièrement dans le cas des jeunes qui commettent des infractions très graves et violentes.

Toutefois, s'il n'est pas inexact de dire que la déclaration de principes traduit une certaine ambivalence dans la société à l'égard des jeunes contrevenants, il importe également de souligner qu'elle représente un effort honnête pour établir un juste équilibre dans la façon d'aborder un problème social très complexe. La LJC ne propose pas une philosophie unique et simple, car il n'en existe pas qui permette de faire face à toutes les situations dans lesquelles les adolescents enfreignent les lois pénales. Bien que la déclaration définisse globalement les paramètres de la justice applicable aux jeunes au Canada, chacun des principes n'est pas nécessairement pertinent dans chaque cas. Le poids devant être accordé à un principe en particulier sera dans une large mesure fonction de la nature de la décision à prendre et des dispositions de la LJC qui régissent expressément la situation. Dans certains cas, des principes conflictuels seront en jeu, mais c'est là un défi qui se pose tant dans le système de justice pour adultes que dans celui qui s'applique aux adolescents.

Il existe dans la LJC une tension fondamentale entre des idéaux concurrents tels que l'application régulière de la loi et le traitement; dans certains cas, la loi accorde préférence à l'application régulière, bien que, dans des circonstances exceptionnelles, l'accent soit davantage mis sur le traitement. Ces tensions sous-jacentes témoignent de la nature très complexe de la criminalité chez les jeunes. Il n'y a pas de philosophie unique et simple, ni de type unique de programmes susceptibles de «résoudre» le problème de la criminalité juvénile. Les juges et les autres professionnels travaillant auprès des adoles-

complex and balanced set of principles like those found in the YOA.

(See also Doob and Beaulieu, "Variation in the Exercise of Judicial Discretion with Young Offenders" (1992), 34 *Can. J. Crim.* 35, at pp. 47-48.)

On this reading of the section, it becomes plain that Parliament was attempting to achieve disparate goals by including s. 3(1) in the Act. This is entirely understandable. However, in my view, it is also fatal to the argument as advanced by the respondent for it fails to reveal the kind of clear, singular intention necessary to accept the type of radical change in the law of criminal procedure which is advocated by the Court of Appeal and by the respondent.

In any event, I have come to the conclusion that the argument advanced by the respondent is not at all consonant with recent pronouncements of this Court on the nature of s. 3(1). In *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, the accused, a young person, had been charged with possession of stolen goods but before entering a plea brought a motion alleging that the failure of the Ontario government to designate an alternative measures program constituted a violation of his s. 15 rights as guaranteed by the *Charter*. He relied on ss. 3(1)(d) and (f), arguing that in conjunction with s. 4, they showed the government to be under a positive duty to initiate such programs. The trial judge accepted this argument as did the Court of Appeal. This Court reversed. Speaking through Dickson C.J., the Court held that no such mandatory duty could be inferred from the language Parliament had chosen in drafting the legislation. At page 274 Dickson C.J. states:

... the use of the term "should" in s. 3(1)(d) does not provide evidence of a mandatory duty. While I agree that s. 3(2) dictates that a liberal interpretation be given to the legislation, in my opinion that does not require the abandonment of the principles of statutory interpretation nor does it preclude resort to the ordinary meaning of words in interpreting a statute. In the context of

cents qui enfreignent les lois pénales ont besoin d'un ensemble de principes complexe et équilibré comme celui qu'on retrouve dans la LJC.

(Voir aussi Doob et Beaulieu, «Variation in the Exercise of Judicial Discretion with Young Offenders» (1992), 34 *Can. J. Crim.* 35, aux pp. 47 et 48.)

Dans cet esprit, l'inclusion du par. 3(1) dans la Loi traduit manifestement la tentative du législateur d'atteindre des objectifs essentiellement différents, ce qui est tout à fait compréhensible. À mon avis, cependant, cela porte aussi un coup fatal à l'argument de l'intimée car on n'y décèle pas l'intention claire et homogène nécessaire pour que soit accepté le type de changement radical dans le droit de la procédure pénale que préconisent la Cour d'appel et l'intimée.

Quoi qu'il en soit, j'arrive à la conclusion que l'argument de l'intimée n'est aucunement compatible avec les récents énoncés de notre Cour sur la nature du par. 3(1). Dans l'arrêt *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, l'accusé, un adolescent, avait été inculpé de possession de biens volés. Avant que son plaidoyer ne soit inscrit, il a présenté une requête alléguant que l'omission du gouvernement de l'Ontario de mettre en œuvre un programme de mesures de rechange constituait une violation des droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. S'appuyant sur les al. 3(1)(d) et (f), il a soutenu que, combinées à l'art. 4, ces dispositions imposent au gouvernement l'obligation impérative d'instaurer de tels programmes. Le juge de première instance s'est rendu à cet argument, ainsi que la Cour d'appel. Mais notre Cour a infirmé leurs jugements. S'exprimant par la voix du juge en chef Dickson, la Cour a jugé qu'il était impossible de déduire l'existence d'une telle obligation impérative des termes utilisés par le législateur dans le texte de la Loi. Le juge en chef Dickson dit à la p. 274:

... l'emploi de l'expression «il y a lieu» à l'al. 3(1)(d) n'indique pas une obligation impérative. Si je conviens que le par. 3(2) commande une interprétation large de la loi cela ne nécessite nullement, à mon avis, l'abandon des principes de l'interprétation des lois ni n'exclut qu'on tienne compte du sens courant des mots pour interpréter un texte législatif. Dans le contexte de

s. 3(1)(d), I find that the word "should" denotes simply a "desire or request" . . . and not a legal obligation.

In the circumstances of this case I am of the view that this pronouncement significantly undermines the submission of the respondent since she is arguing, in effect, that pursuant to s. 3(1)(d) the prosecutor is under a positive obligation to consider the bringing of no charges where doing so would be consistent with the underlying philosophy of the Act and, if the prosecutor fails to abide by this obligation and brings charges where they are not warranted, the Youth Court has authority to dismiss those charges. As seen from the decision in *R. v. S. (S.)*, no such positive obligation may be gleaned from the wording of s. 3(1)(d) and, consequently, none may be imputed to the authorities.

Finally, I wish to note that, besides failing to be clearly reflected in the principles of the Act and being contrary to the jurisprudence of this Court, the interpretation advanced by the respondent and adopted by the Court of Appeal could, in my respectful opinion, lead to no small amount of difficulty. Consider the case of *R. v. M. (J.)*, B.C. Prov. Ct., May 30, 1991, unreported. The young person had been charged with assault after he had put his hands on the shoulders of a group home worker "and shoved her backwards 3 or 4 times. She did not fall, nor did she suffer any injuries". The Crown, relying on the Court of Appeal decision in the present case, and on the reasoning in *D. L., supra*, sought to adduce evidence of past misconduct in order to show that the discretion of the prosecutor in deciding to lay charges had been properly exercised. Counsel for the young person, of course, objected strongly and relied on *R. v. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25 and the general prohibition on admission of character evidence. Auxier Prov. Ct. J. was clearly put in a difficult position because the only evidence available to show proper exercise of discretion was inadmissible. This difficulty, I think, is reflected in her reasons (at p. 3):

l'al. 3(1)d), j'estime que l'expression «il y a lieu» ne dénote qu'un [TRADUCTION] «souhait ou une demande» [...] et non une obligation imposée par la loi.

Vu les circonstances de la présente espèce, je suis d'avis que cet énoncé affaiblit grandement la prétention de l'intimée en ce qu'elle soutient, de fait, que le poursuivant a, en vertu de l'al. 3(1)d), l'obligation impérative de prendre en considération la possibilité de ne porter aucune accusation lorsque cela serait compatible avec la philosophie de la Loi et que, s'il ne se conforme pas à cette obligation et porte des accusations non justifiées, le tribunal pour adolescents a le pouvoir de rejeter ces accusations. Ainsi qu'il ressort de l'arrêt *R. c. S. (S.)*, aucune obligation de cette nature ne découle du texte de l'al. 3(1)d) et, par conséquent, aucune ne saurait être attribuée aux autorités.

Enfin, je tiens à souligner qu'en plus de ne pas être clairement reflétée dans les principes de la Loi et d'être contraire à la jurisprudence de notre Cour, l'interprétation mise de l'avant par l'intimée et adoptée par la Cour d'appel pourrait entraîner, à mon humble avis, des difficultés considérables. Voyons par exemple l'affaire *R. c. M. (J.)*, C. prov. C.-B., 30 mai 1991, inédite. Un adolescent avait été accusé de voies de fait pour avoir mis ses mains sur les épaules d'une employée d'un foyer de groupe et l'avoir [TRADUCTION] «secouée 3 ou 4 fois. Elle n'est pas tombée et n'a subi aucune blessure». S'appuyant sur l'arrêt que la Cour d'appel a prononcé dans la présente espèce, ainsi que sur le raisonnement suivi dans l'affaire *D. L.*, précitée, la poursuite a tenté de présenter une preuve de mauvaise conduite antérieure afin d'établir que le poursuivant avait judicieusement exercé son pouvoir discrétionnaire de porter des accusations. L'avocat de l'adolescent s'y est bien sûr fortement opposé, s'appuyant sur la décision *R. c. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25, et sur l'interdiction générale visant l'admission de la preuve de moralité. Or le juge Auxier se trouvait manifestement dans une position délicate puisque la seule preuve susceptible d'établir qu'il y avait eu exercice judicieux du pouvoir discrétionnaire était inadmissible. Ce dilemme se reflète, je crois, dans ses motifs (à la p. 3):

I feel I may only know the tip of the iceberg in this case but, as stated, am of the view that the only relevant evidence is that relating to the alleged offence. On those facts, all I see is a minor disciplinary matter, precisely of the type referred to in the David L. case. I follow the reasoning . . . in that case and dismiss the charge.

I am of the view that it would be unwise for the courts to institutionalize such a dilemma. I would note that where a Youth Court judge is under the impression, for whatever reason, that though the strict elements of a charge have been established, the charges ought not to have been laid, he or she has the express power under s. 20(1)(a) to grant an absolute discharge. At this point, presumably, evidence of the young person's history would be available. I make no comment on whether an absolute discharge would have been the appropriate course of action in this case, but I cannot help but think that this would have responded to the concerns expressed by the trial judge and by the Court of Appeal in a manner consistent with the Act.

For these reasons I am bound to hold that the appeal must be allowed. However, since this case reflects considerable confusion on the nature of s. 19(2), I wish to add a few words on that subject. As is already apparent from these reasons, that section does not, in conjunction with s. 3(1) or otherwise, confer jurisdiction upon a Youth Court judge to dismiss charges against a young person merely because he or she feels that those charges ought not to have been laid. Instead, I am of the view that s. 19 simply seeks to protect the young person against the consequences of an ill-informed plea of guilty. Section 19(1) requires that the court be satisfied that the facts support the charge before accepting a guilty plea. (In adult proceedings, the court has discretion to perform such an inquiry but is under no obligation to do so: *Adgey v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 426. See also: Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5th ed. 1989), at pp. 220-21.) If the court is not satisfied that the facts support the charge, s. 19(2), as well as directing that a trial be held where the young per-

[TRADUCTION] Je ne vois peut-être dans cette affaire que la pointe de l'iceberg mais, comme je l'ai dit, je suis d'avis que la seule preuve pertinente est celle qui se rapporte à l'infraction imputée. Or, si j'en crois ces faits, la seule faute commise en l'espèce est un problème mineur de discipline, précisément du type en cause dans l'affaire David L. Suivant le raisonnement [. . .] dans cette affaire, je rejette l'accusation.

Je suis d'avis qu'il ne serait pas sage pour les tribunaux d'institutionnaliser ce genre de dilemme. Il y a lieu de noter que lorsque le juge d'un tribunal pour adolescents estime, pour une raison quelconque, qu'une accusation n'aurait pas dû être portée bien que la preuve des éléments de cette accusation ait été strictement établie, il a expressément le pouvoir, en vertu de l'al. 20(1)a), d'accorder une libération inconditionnelle. Il y a lieu de présumer qu'à cette étape la preuve des antécédents de l'adolescent est disponible. Je ne me permets aucun commentaire sur la question de savoir si, en l'espèce, la libération inconditionnelle aurait été appropriée, mais je ne puis m'empêcher de croire qu'elle aurait répondu, d'une manière conforme à la Loi, aux préoccupations exprimées par le juge de première instance et par la Cour d'appel.

Pour ces motifs, force m'est de conclure que le pourvoi doit être accueilli. Toutefois, comme cette cause dénote une confusion considérable quant à la nature du par. 19(2), j'ajouterai quelques mots à ce sujet. Il appert déjà des présents motifs que ce paragraphe, en combinaison avec le par. 3(1) ou autrement, ne confère pas au juge d'un tribunal pour adolescents compétence pour rejeter des accusations contre un adolescent simplement parce qu'il estime que ces accusations n'auraient pas dû être portées. Je suis d'avis plutôt que l'art. 19 ne cherche qu'à protéger l'adolescent contre les conséquences d'un plaidoyer de culpabilité qui n'aurait pas été pris en connaissance de cause. En vertu du par. 19(1), la cour doit, avant d'accepter un plaidoyer de culpabilité, être convaincue que les faits justifient l'accusation. (Dans le cas des adultes, la cour peut faire une enquête à ce sujet, mais elle n'y est pas tenue: *Adgey c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 426. Voir également: Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5^e éd. 1989), aux pp. 220 et 221). Aux termes du par. 19(2), il doit y

son has entered a plea of not guilty, then requires the court to enter a plea of not guilty and proceed with the trial: Bala and Lilles, *The Young Offenders Act Annotated* (1984), at pp. 167-70. Although s. 19(2) provides that the court may "make an order dismissing the charge", I do not think that the section contains clear enough language to alter such a long-standing principle of criminal procedure as deference to the discretion of the prosecutor. Accordingly, the respondent's argument cannot succeed.

Disposition

I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and affirm the trial judge's finding of guilty on the charge of uttering threats. I would further direct that the matter be remitted to the court of first instance for disposition under s. 20.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Lindsay, Kenney, Vancouver.

avoir un procès si l'adolescent a plaidé non coupable et, en outre, si la cour n'est pas convaincue que les faits justifient l'accusation, la cour doit inscrire un plaidoyer de non-culpabilité et le procès doit suivre son cours: Bala et Lilles, *La Loi sur les jeunes contrevenants annotée* (1984), aux pp. 128 à 130. Le paragraphe 19(2) prévoit que la cour peut «rejet[er] l'accusation», mais, à mon avis, son libellé n'est pas assez clair pour modifier un principe de la procédure pénale en vigueur depuis longtemps comme celui de la retenue judiciaire à l'égard du pouvoir discrétionnaire du poursuivant. Par conséquent, l'argument de l'intimée doit être rejeté.

Dispositif

J'accueillerais le pourvoi, j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais la déclaration de culpabilité prononcée par le juge de première instance quant à l'accusation d'avoir proféré des menaces. J'ordonnerais de plus que l'affaire soit renvoyée au tribunal de première instance pour qu'une décision soit rendue conformément à l'art. 20.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Lindsay, Kenney, Vancouver.

Darlene Morin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. MORIN

File No.: 21996.

1991: October 1; 1992: March 26.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 14½ months between accused's arrest and trial — Delay caused solely by limits on institutional resources — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

On January 9, 1988 the accused was charged with impaired driving and with operating a motor vehicle while having a blood alcohol level which exceeded the legal limit. She was released from custody that same day on a promise to appear. When she appeared in Provincial Court on February 23, her counsel explicitly requested "the earliest possible trial date". The trial was set for March 28, 1989. In response to a query from counsel as to whether this was "the earliest date", the presiding justice answered a simple "yes". On her scheduled trial date the accused brought a motion to stay the proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, arguing that the 14½-month delay in bringing her to trial infringed her right to be tried within a reasonable time under s. 11(b) of the *Charter*. The motion was dismissed and the accused was convicted on the "over 80" charge. A stay was entered with respect to the impaired driving charge for unrelated reasons. On appeal, the summary conviction appeal court also stayed the "over 80" charge on the basis that the accused had not been tried within a reasonable time.

Darlene Morin *Appelante*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. MORIN

^c N° du greffe: 21996.1991: 1^{er} octobre; 1992: 26 mars.^d Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de 14 mois ½ entre l'arrestation de l'accusée et son procès — Le délai a été causé uniquement par la pénurie des ressources institutionnelles — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Le 9 janvier 1988, l'accusée a été inculpée de conduite avec facultés affaiblies et d'avoir conduit un véhicule à moteur après avoir consommé de l'alcool de manière que son alcoolémie dépassait la limite prévue par la loi. Elle a été libérée le jour même sur la promesse de comparaître. Lorsqu'elle a comparu devant la Cour provinciale le 23 février, son avocat a expressément demandé «la date du procès la plus rapprochée possible». La date du procès a été fixée au 28 mars 1989. En réponse à une demande de l'avocat s'il s'agissait de la «date la plus rapprochée», le juge qui présidait a simplement répondu «oui». À la date prévue du procès, l'accusée a présenté une requête demandant l'arrêt des procédures en se fondant sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a soutenu que le délai de 14 mois ½ pour la citer à procès a porté atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable que lui confère l'al. 11b) de la *Charte*. La requête a été rejetée et l'accusée a été déclarée coupable de l'accusation d'alcoolémie de «plus de 80». Un arrêt des procédures a été inscrit pour d'autres motifs quant à l'accusa-

The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and restored the conviction.

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

Per La Forest, Sopinka, Stevenson and Iacobucci JJ.: The primary purpose of s. 11(b) is the protection of the individual rights of accused persons: (1) the right to security of the person, (2) the right to liberty, and (3) the right to a fair trial. The right to security of the person is protected by seeking to minimize the anxiety, concern and stigma of exposure to criminal proceedings. The right to liberty is protected by seeking to minimize exposure to the restrictions on liberty which result from pre-trial incarceration and restrictive bail conditions. The right to a fair trial is protected by attempting to ensure that proceedings take place while evidence is available and fresh.

A secondary interest of society as a whole has also been recognized by this Court. This interest is most obvious when it parallels that of the accused: society as a whole has an interest in seeing that citizens who are accused of crimes are treated humanely and fairly. There is, as well, a societal interest that is by its very nature adverse to the interests of the accused: there is a collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law.

The general approach to a determination of whether the s. 11(b) right has been denied is not by the application of a mathematical or administrative formula but rather by a judicial determination balancing the interests which the section is designed to protect against factors which inevitably lead to delay. The factors to be considered are: (1) the length of the delay; (2) waiver of time periods; (3) the reasons for the delay, including (a) inherent time requirements of the case, (b) actions of the accused, (c) actions of the Crown, (d) limits on institutional resources and (e) other reasons for delay; and (4) prejudice to the accused. Leaving aside the question of delay on appeal, the period to be scrutinized is the time elapsed from the date of the charge to the end of the trial.

tion d'avoir conduit avec facultés affaiblies. La Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a également arrêté les procédures relativement à l'accusation d'alcoolémie de «plus de 80» sur le fondement que l'accusée n'avait pas subi son procès dans un délai raisonnable. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et a rétabli la déclaration de culpabilité.

Arrêt (le juge en chef Lamer est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Stevenson et Iacobucci: L'objet principal de l'al. 11b) est la protection des droits individuels des accusés: (1) le droit à la sécurité de la personne, (2) le droit à la liberté et (3) le droit à un procès équitable. Le droit à la sécurité de la personne est protégé par la tentative de diminuer l'anxiété, la préoccupation et la stigmatisation qu'entraîne la participation à des procédures criminelles. Le droit à la liberté est protégé par la réduction de l'exposition aux restrictions de la liberté qui résulte de l'emprisonnement préalable au procès et des conditions restrictives de liberté sous caution. Le droit à un procès équitable est protégé par la tentative de faire en sorte que les procédures aient lieu pendant que la preuve est disponible et récente.

Un intérêt secondaire de la société dans son ensemble a également été reconnu par notre Cour. Cet intérêt ressort de façon évidente lorsqu'il correspond à celui de l'accusé: la société dans son ensemble a intérêt à ce que les citoyens accusés de crimes soient traités de façon humaine et équitable. Il existe également un intérêt de la société qui est, par sa nature même, contraire aux intérêts de l'accusé: la société a un intérêt à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi.

La méthode générale pour déterminer s'il y a eu violation du droit que confère l'al. 11b) ne consiste pas dans l'application d'une formule mathématique ou administrative mais plutôt dans une décision judiciaire qui soupèse les intérêts que l'alinéa est destiné à protéger et les facteurs qui, inévitablement, entraînent un délai. Les facteurs à prendre en considération sont les suivants: (1) la longueur du délai; (2) la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul; (3) les raisons du délai, notamment a) les délais inhérents à la nature de l'affaire, b) les actes de l'accusé, c) les actes du ministère public, d) les limites des ressources institutionnelles et e) les autres raisons du délai; et (4) le préjudice subi par l'accusé. Si l'on écarte la question du délai en appel, la période qui doit être examinée est celle qui court de la date de l'accusation à la fin du procès.

An inquiry into unreasonable delay is triggered by an application under s. 24(1) of the *Charter*. While the applicant has the legal burden of establishing a *Charter* violation, an evidentiary burden of putting forth evidence or argument on particular factors will shift depending on the circumstances of each case. A case will only be decided by reference to the burden of proof if the court cannot come to a determinate conclusion on the facts presented to it. An inquiry into unreasonable delay should only be undertaken if the period is of sufficient length to raise an issue as to its reasonableness. A shorter period of delay will raise the issue if the applicant shows prejudice, as for example if the accused was in custody. If by agreement or conduct the accused has waived any part of this time period, the length of the period of delay will be reduced accordingly.

All offences have certain inherent time requirements which inevitably lead to delay. As well as the complexity of a case, all cases are subject to certain intake requirements and some cases must pass through a preliminary inquiry before reaching trial. The court will also need to consider whether the actions of either the accused or the Crown have led to delay. These latter two factors do not assign "blame" but simply provide a convenient mechanism by which the conduct of the parties may be examined.

In considering the explanation for delay, account must be taken of the limits of institutional resources. Institutional delay runs from the time the parties are ready for trial and continues until the system can accommodate the proceedings. The weight to be given to this factor must be assessed in light of the fact that the government has a constitutional obligation to commit sufficient resources to prevent unreasonable delay. There is a point in time after which the Court will no longer tolerate delay which results from resource limitations. An administrative guideline may be used to assess the acceptable period of time to be allotted to this factor. This guideline is neither a limitation period nor a fixed ceiling on delay. It must not be applied in mechanical fashion but must yield to other factors when required.

It is appropriate for this Court to suggest a guideline of between 8 and 10 months for institutional delay in Provincial Courts. A guideline with respect to institutional delay after committal for trial in the range of 6 to 8 months was suggested in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R.

Un examen pour déterminer si un délai est déraisonnable est déclenché par une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Bien que le fardeau juridique d'établir qu'il y a eu violation de la *Charte* incombe au requérant, il y aura déplacement du fardeau de présentation d'éléments de preuve ou d'arguments selon les circonstances de chaque cas. Une affaire ne sera tranchée en fonction du fardeau de la preuve que si la cour ne peut parvenir à une décision à partir des faits qui lui sont présentés. L'examen concernant le délai déraisonnable ne devrait être entrepris que si la période est suffisamment longue pour soulever des doutes quant à son caractère raisonnable. Un délai plus court soulèvera le problème si le requérant démontre qu'il y a eu préjudice, par exemple, si l'accusé est sous garde. Si par entente ou par sa conduite l'accusé a renoncé en tout ou en partie à invoquer certaines périodes, la longueur du délai sera réduite en conséquence.

Toutes les infractions comportent certaines exigences inhérentes en matière de délais qui retardent inévitablement l'affaire. Outre la complexité d'une affaire, il existe certains délais préparatoires communs à toutes les affaires et certaines d'entre elles doivent faire l'objet d'une enquête préliminaire avant le procès. La cour devra aussi déterminer si les actes de l'accusé ou ceux du ministère public ont entraîné un délai. Ces deux derniers facteurs ne servent pas à «blâmer» mais simplement à fournir un mécanisme utile permettant d'examiner la conduite des parties.

Dans l'étude de l'explication du délai, on doit tenir compte de la pénurie des ressources institutionnelles. Le délai institutionnel commence lorsque les parties sont prêtes pour le procès et court jusqu'à ce que le système puisse leur permettre de procéder. Il faut évaluer l'importance qu'il convient d'accorder à ce facteur en tenant compte du fait que le gouvernement a l'obligation constitutionnelle d'attribuer des ressources suffisantes pour prévenir tout délai déraisonnable. Après une certaine période, la cour ne peut plus tolérer de délai fondé sur l'argument des ressources inadéquates. Une ligne directrice administrative peut servir à évaluer la période acceptable qui peut être attribuée à ce facteur. Cette ligne directrice n'est ni une période de prescription ni une durée maximale. Elle ne doit pas être appliquée d'une manière mécanique, elle doit plutôt céder devant d'autres facteurs au besoin.

Il convient que notre Cour propose une ligne directrice de 8 à 10 mois pour le délai institutionnel en cour provinciale. Pour ce qui est du délai institutionnel après l'envoi à procès, une période de 6 à 8 mois a été proposée dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, et il

1199, and is still apposite. The application of the guideline will be influenced by the presence or absence of prejudice. The greater the prejudice, the shorter the acceptable period of institutional delay. These guidelines are intended for the guidance of trial courts generally, and will no doubt require adjustment by trial courts to take into account local conditions. They will also need to be adjusted from time to time to reflect changing circumstances. The court of appeal in each province will play a supervisory role in seeking to achieve uniformity subject to the necessity of taking into account the special conditions of different regions in the province. The application of these guidelines is subject to review by this Court to ensure that the right to trial within a reasonable time is being respected.

Prejudice may be inferred from the length of the delay. The longer the delay, the more likely that such an inference will be drawn. In circumstances in which prejudice is not inferred and is not proved, the basis for the enforcement of the right is seriously undermined. The purpose of the right is to expedite trials and minimize prejudice and not to avoid trials on the merits. Action or non-action by the accused which is inconsistent with a desire for a timely trial is something that must be considered.

In this case the delay of 14½ months is sufficient to raise the issue of reasonableness. Since the parties appeared to be prepared for trial from some time in March 1988 and the trial was not held until March 1989, an institutional delay of about 12 months was involved. In the jurisdiction in which this case arose, a period in the order of 10 months would not be unreasonable for systemic delay given the rapidly changing local conditions. The accused led no evidence of prejudice and little or no prejudice is inferred from the delay as the accused appeared to be content with the pace of litigation. In view of the strain on institutional resources and the absence of any significant prejudice to the accused, the delay in this case was not unreasonable. This conclusion is reached without the necessity of relying on the burden of proof.

Per McLachlin J.: The task of a judge in deciding whether proceedings against the accused should be stayed is to balance the societal interest in seeing that persons charged with offences are brought to trial against the accused's interest in prompt adjudication. The first step is to determine whether a *prima facie* case for unreasonable delay has been made out. Here such

est toujours pertinent. L'application d'une ligne directrice sera influencée par la présence ou l'absence de préjudice. Plus le préjudice est grand, plus la période acceptable de délai institutionnel sera courte. Cette ligne directrice est destinée à servir de guide pour les tribunaux de première instance d'une manière générale, qui devront sans doute l'ajuster pour tenir compte des conditions locales. Ils devront également le faire à l'occasion pour s'adapter à des circonstances différentes. La cour d'appel dans chaque province jouera un rôle de surveillance pour viser à atteindre l'uniformité sous réserve de la nécessité de prendre en compte les conditions spéciales des différentes régions dans la province. L'application de cette ligne directrice est assujettie au contrôle de notre Cour afin de veiller à ce que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable soit respecté.

On peut déduire de la longueur du délai qu'il y a eu préjudice. Plus le délai est long, plus il est vraisemblable qu'on pourra faire une telle déduction. Dans les circonstances où on ne déduit pas qu'il y a eu préjudice et où celui-ci n'est pas prouvé, le fondement nécessaire à l'application du droit est gravement ébranlé. Le droit a pour but d'accélérer les procès et de réduire les préjudices et non pas d'éviter qu'une personne subisse son procès sur le fond. Il faut tenir compte de l'action ou de l'inaction de l'accusé qui ne correspond pas à un désir d'être jugé rapidement.

En l'espèce, le délai de 14 mois ½ est suffisant pour soulever la question du caractère raisonnable. Étant donné que les parties semblaient prêtes pour la tenue du procès en mars 1988 et que le procès n'a eu lieu qu'en mars 1989, il s'agissait d'un délai institutionnel d'environ 12 mois. Dans la juridiction d'où provient l'affaire, une période de dix mois ne serait pas déraisonnable pour un délai systémique étant donné l'évolution rapide des conditions locales. L'accusé n'a présenté aucune preuve de préjudice et on doit conclure que le délai n'a causé que peu de préjudice, sinon aucun, car l'accusée était satisfaite du rythme auquel se déroulait les événements. Compte tenu de la pression sur les ressources institutionnelles et de l'absence de tout préjudice grave pour l'accusée, le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable. Cette conclusion est tirée sans qu'il soit nécessaire de recourir au fardeau de la preuve.

Le juge McLachlin: Lorsqu'il décide s'il y a lieu d'arrêter les procédures contre l'accusé, le juge doit soupeser l'intérêt de la société à voir les inculpés traduits en justice et celui de l'accusé à obtenir rapidement une décision. Le premier volet consiste à déterminer si on a présenté une preuve *prima facie* que le délai est déraisonnable. À cette étape, il faut examiner les facteurs

matters as length of delay, waiver and the reasons for the delay fall to be considered. If the *prima facie* case is made out, the court must proceed to a closer consideration of the accused's right to a trial within a reasonable time, and the question of whether it outweighs the conflicting societal interest. While the interest of society in bringing those charged with criminal offences to trial is of constant importance, the interest of the accused varies with the circumstances, and is usually measured by the fourth factor — prejudice to the accused's interests in security and a fair trial. In this case the accused was able to establish a *prima facie* case, but failed to show that protection of her interest in a prompt trial or the ancillary public interest in prompt justice outweighed the public interest in bringing her to trial.

Per Gonthier J.: The reasons of Sopinka J. were concurred in. As underlined by McLachlin J., the decision as to whether a stay should be granted must rest on a balancing of the prejudice suffered by the accused and the societal interest in bringing the accused to trial. In this case the prejudice to the accused which can be inferred was minimal and is outweighed by the societal interest in bringing her to trial.

Per Lamer C.J. (dissenting): The principles and guidelines set out by Sopinka J. were agreed with, except as regards proof of prejudice. The onus is on the Crown to demonstrate that the delay caused no prejudice to the accused. The onus is on the applicant to establish prejudice only when the applicant is seeking a remedy additional to a stay. In this case, while the Crown has shown that the accused's liberty and fair trial interests have not been affected, it has not even attempted to show that her security interests have not been prejudiced. This kind of prejudice has been suffered beyond the length of time that can be legitimately supported on the basis of limited institutional resources.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; **referred to:** *R. v. Hurlbert* (1988), 66 C.R. (3d) 391; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73; *R. v.*

relatifs à la longueur du délai, à la renonciation et aux raisons du délai. Si la preuve *prima facie* est établie, le tribunal doit examiner d'une manière plus attentive le droit de l'accusé à être jugé dans un délai raisonnable et si ce droit l'emporte sur l'intérêt opposé de la société. Bien que l'intérêt de la société à ce que les personnes accusées d'infractions criminelles soient traduites en justice soit d'une importance constante, l'intérêt de l'accusé varie selon les circonstances et est habituellement mesuré au moyen du quatrième facteur — le préjudice causé aux intérêts de l'accusé en matière de sécurité et de procès équitable. En l'espèce, l'accusée a été en mesure d'établir une preuve *prima facie* mais elle n'a pas démontré que la protection de ses intérêts dans la tenue rapide du procès ou de l'intérêt public correspondant dans l'administration rapide de la justice l'a emporté sur l'intérêt public à la traduire en justice.

Le juge Gonthier: Il y a eu accord avec les motifs du juge Sopinka. Comme l'a souligné le juge McLachlin, la décision d'accorder un arrêt des procédures doit s'appuyer sur la pondération du préjudice subi par l'accusé et de l'intérêt de la société à ce que l'accusé soit traduit en justice. En l'espèce, il faut en déduire que le préjudice subi par l'accusée est minime et est contrebalancé par l'intérêt de la société à ce qu'elle soit jugée.

Le juge en chef Lamer (dissident): Il y a accord avec les principes et la ligne directrice énoncés par le juge Sopinka, sauf en ce qui concerne la preuve relative au préjudice. Il incombe au ministère public de prouver que l'accusé n'a pas subi de préjudice en raison du délai. Le fardeau n'incombe au requérant à l'égard du préjudice que lorsqu'il cherche à obtenir une autre réparation en plus de l'arrêt des procédures. En l'espèce, bien que le ministère public ait démontré qu'il n'y avait pas eu d'effet sur les intérêts de l'accusée en matière de liberté et de procès équitable, il n'a même pas tenté de démontrer qu'il n'y avait pas eu d'effet sur ses intérêts en matière de sécurité. Il y a eu un préjudice de ce genre au-delà du délai que l'on peut légitimement imputer à la pénurie des ressources institutionnelles.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt examiné: *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hurlbert* (1988), 66 C.R. (3d) 391; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *Barker c. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73; *R. c. Kalanj*,

Kalanj, [1989] 1 S.C.R. 1594; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Bennett* (1991), 6 C.R. (4th) 22; *R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Smith, [1989] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 11(b), 24(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 237(a), (b).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 253(a), (b).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 76 C.R. (3d) 37, 55 C.C.C. (3d) 209, 38 O.A.C. 298, reversing a judgment of the District Court allowing the accused's appeal from her conviction by Dodds Prov. Ct. J. Appeal dismissed, Lamer C.J. dissenting.

Alan J. Risen and Robert B. Kimball, for the appellant.

Murray D. Segal and Kenneth L. Campbell, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., and *R. J. Frater*, for the intervener.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. (dissenting)—I have read the reasons of my colleagues, Justices Sopinka and McLachlin. With respect, I cannot agree with their disposition of this case. I would allow the appeal and restore the stay entered by Murphy Dist. Ct. J. of the summary conviction appeal court.

[1989] 1 R.C.S. 1594; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Bennett* (1991), 6 C.R. (4th) 22; *R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Smith, [1989] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b), 24(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 237(a), (b).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 253(a), (b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 76 C.R. (3d) 37, 55 C.C.C. (3d) 209, 38 O.A.C. 298, qui a infirmé un jugement de la Cour de district, qui avait accueilli l'appel de l'accusée contre sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Dodds de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer est dissident.

Alan J. Risen et Robert B. Kimball, pour l'appelante.

Murray D. Segal et Kenneth L. Campbell, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., et *R. J. Frater*, pour l'intervenant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident)—J'ai lu les motifs de mes collègues les juges Sopinka et McLachlin et, avec égards, je ne puis souscrire à leur décision. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures inscrit par le juge Murphy de la Cour de district siégeant à la cour d'appel en matière de poursuites sommaires.

I agree with the principles and guidelines set out by my brother Sopinka J., except as regards proof of prejudice.

While in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, we did not decide whether prejudice is conclusively presumed or to be inferred, in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, the reasons of Cory J., concurred in by Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ., and concurred in on this point in separate reasons by Sopinka and McLachlin JJ., placed "the onus on the Crown to demonstrate . . . that the delay caused no prejudice to the accused". Indeed, at p. 1232 of his reasons, Cory J. states:

(iv) Prejudice to the Accused.

There is a general, and in the case of very long delays an often virtually irrebuttable presumption of prejudice to the accused resulting from the passage of time. Where the Crown can demonstrate that there was no prejudice to the accused flowing from a delay, then such proof may serve to excuse the delay. It is also open to the accused to call evidence to demonstrate actual prejudice to strengthen his position that he has been prejudiced as a result of the delay.

I believe that the factors that I have set out in large measure are substantially the same as those enunciated by L'Heureux-Dubé J. in *Conway* and Sopinka J. in *Smith*. The aim of this test is to provide a method based upon the underlying purposes of s. 11(b) which will permit courts to balance the applicable substantive factors in a consistent manner. It bears repeating that the balance between the explicit, individual protection and the implicit, societal aspect of s. 11(b) is addressed by placing the onus on the Crown to demonstrate that any action of the accused deliberately caused the delay or constituted waiver, or that the delay caused no prejudice to the accused. [Emphasis added.]

My understanding of Cory J.'s reasons is that the onus is on the applicant as regards prejudice only when the applicant is seeking a remedy additional to a stay. If any ambiguity in that regard is present

Je suis d'accord avec les principes et la ligne directrice énoncés par mon collègue le juge Sopinka, sauf en ce qui concerne la preuve relative au préjudice.

Bien que dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, nous n'ayons pas tranché la question de savoir si le préjudice est présumé de façon concluante ou si on doit en déduire l'existence, dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, le juge Cory, avec l'appui du juge en chef Dickson et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier, et avec l'appui sur ce point des juges Sopinka et McLachlin dans des motifs distincts, a imposé «au ministère public le fardeau de prouver [. . .] que l'accusé n'a pas subi de préjudice en raison du délai». En fait à la p. 1232 de ses motifs le juge Cory dit:

(iv) Le préjudice subi par l'accusé.

Il existe une présomption simple selon laquelle le seul écoulement du temps cause un préjudice à l'accusé et dans le cas de délais très longs la présomption devient pratiquement irréfragable. Lorsque le ministère public peut prouver que l'accusé n'a pas subi de préjudice en raison du délai, cette preuve peut servir à justifier le délai. Il est aussi possible à l'accusé de présenter des éléments de preuve tendant à démontrer qu'il a effectivement subi un préjudice en raison du délai, afin de renforcer sa demande de réparation.

Je crois que les facteurs que j'ai énumérés correspondent en grande partie à ceux que les juges L'Heureux-Dubé et Sopinka ont mentionnés respectivement dans l'arrêt *Conway* et dans l'arrêt *Smith*. Ces critères visent à établir une méthode qui s'appuie sur l'objet qui sous-tend l'al. 11b) et qui permette aux tribunaux de pondérer les éléments de fond applicables de façon cohérente. Il vaut la peine de rappeler qu'on arrive à un équilibre entre l'objet explicite de l'al. 11b), soit la protection de la personne individuelle, et son objet implicite, soit la dimension sociale de l'al. 11b), en imposant au ministère public le fardeau de prouver que, par ses actes, l'accusé a délibérément causé les délais, que ceux-ci équivalent à une renonciation ou encore que l'accusé n'a pas subi de préjudice en raison du délai. [Je souligne.]

Selon mon interprétation des motifs du juge Cory, le fardeau n'incombe au requérant à l'égard du préjudice que lorsqu'il cherche à obtenir une autre réparation en plus de l'arrêt des procédures. S'il

(and I find none) at p. 1232 of his reasons the reasoning preceding this summary makes it amply clear. At page 1230 of his reasons, Cory J. states:

Furthermore, the option left open by Sopinka J. in the *Smith* case whereby accused persons who have suffered some additional form of prejudice are permitted to adduce evidence of prejudice on their own initiative in order to strengthen their position in seeking a remedy under s. 24(1) of the *Charter* is consistent with the primary concern of protecting the individual's right under s. 11(b).

While I dissented as regards the approach of Cory J. on prejudice, that approach was concurred in by six other judges. My views on the issue which I have held since *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and throughout s. 11(b) judgments in this Court, have conclusively been put to rest by *Askov* and I hereon in feel bound by it. Furthermore, as *Askov* is a very recent decision of this Court, I do not think it desirable that it be revisited in this case.

Both of my colleagues in their reasons, McLachlin J. somewhat more so than Sopinka J., place the onus on the accused to prove prejudice. This is a fundamental change to the position that this Court has taken. While I have never changed my mind as regards my dissenting position, I will, as I should, apply *Askov* to the facts of this case. Leaving the onus on the Crown, it has shown that Ms. Morin's liberty and fair trial interests have not been affected. But it has not even attempted to show that her security interests have not been affected; by that I mean the kind of prejudice I described in *Mills*, *supra*, at p. 920, "stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction". I conclude that this kind of prejudice has been suffered beyond the length of time that can be

existe une ambiguïté à cet égard (et je suis d'avis qu'il n'y en a pas) à la p. 1232 de ses motifs, le raisonnement qui précède ce résumé la clarifie amplement. À la p. 1230 de ses motifs, le juge Cory dit:

^a Cory dit:

De plus, la possibilité évoquée par le juge Sopinka dans l'arrêt *Smith*, que les accusés ayant subi quel- qu'autre préjudice supplémentaire soient autorisés à en faire la preuve de leur propre initiative pour renforcer leur demande de réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* est conforme à l'al. 11b) dont l'objectif premier est de protéger les droits de la personne.

^c J'étais dissident en ce qui a trait à la position adoptée par le juge Cory quant au préjudice, mais cette position a reçu l'appui de six autres juges. Mes opinions à l'égard de la question, que j'ai maintenues depuis l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et dans tous les arrêts de notre Cour fondés sur l'al. 11b), ont été mises en échec d'une manière concluante par l'arrêt *Askov*, et, depuis lors, j'estime être lié par celui-ci. En outre, comme cet arrêt est très récent, je crois qu'il n'est pas souhaitable de le remettre en question en l'espèce.

^e Mes deux collègues, le juge McLachlin un peu plus que le juge Sopinka, ont imposé à l'accusé dans leurs motifs, le fardeau de prouver qu'il a subi un préjudice. Il s'agit d'une modification fondamentale de la position que notre Cour a adoptée. Bien que je n'aie jamais changé d'avis en ce qui concerne ma position dissidente, j'appliquerai, comme il se doit, l'arrêt *Askov* aux faits de l'espèce. Le fardeau ayant été laissé au ministère public, celui-ci a démontré qu'il n'y avait pas eu d'effet sur les intérêts de M^{me} Morin en matière de liberté et de procès équitable. Toutefois, il n'a même pas tenté de démontrer qu'il n'y avait pas eu d'effet sur ses intérêts en matière de sécurité; je veux dire par là le genre de préjudice que j'ai décrit dans l'arrêt *Mills*, précité, à la p. 920, «la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine». Je conclus qu'il y a eu un préjudice de ce genre au delà du délai que l'on peut

legitimately supported on the basis of limited institutional resources.

The judgment of La Forest, Sopinka, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J.—The issue in this appeal concerns the right of an accused to be tried within a reasonable time. This right is enshrined in s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which states:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(b) to be tried within a reasonable time;

Though beguiling in its simplicity, this language has presented the Court with one of its most difficult challenges in search of an interpretation that respects the right of the individual in an era in which the administration of justice is faced both with dwindling resources and a burgeoning caseload. We are asked in this appeal to re-examine the problem in light of the effect on the administration of justice of our decision in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. Evidence presented to us indicates that between October 22, 1990 and September 6, 1991, over 47,000 charges have been stayed or withdrawn in Ontario alone. The reaction to this has been mixed. On the one hand many applaud the result which has in their view unclogged the system of much dead wood in the form of charges that should not have been laid or having been laid ought to have been dropped. This, they say, will enable the system to more quickly accommodate cases that are more pressing and lessen the period during which alleged criminals are free to roam the streets while awaiting trial. On the other hand, many others deprecate what in their opinion amounts to an amnesty for criminals, some of whom were charged with very serious crimes. They assert that accused persons are discharged when they have suffered no prejudice to the com-

légitimement imputer à la pénurie des ressources institutionnelles.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA—La question en litige dans le présent pourvoi porte sur le droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable. Ce droit est inscrit à l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dont voici le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

Bien qu'il soit séduisant par sa simplicité, ce libellé a présenté à la Cour l'un des défis les plus difficiles dans la recherche d'une interprétation qui respecte le droit du particulier à une époque où l'administration de la justice est aux prises avec une réduction de ses ressources et une augmentation du nombre d'affaires à entendre. En l'espèce, on demande à la Cour d'examiner de nouveau le problème en tenant compte de l'effet sur l'administration de la justice de notre arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. La preuve qui nous a été présentée indique que, entre le 22 octobre 1990 et le 6 septembre 1991, en Ontario seulement, il y a eu arrêt des procédures ou retrait des accusations dans plus de 47 000 cas. Cette situation a provoqué des réactions partagées. D'une part un grand nombre de personnes ont accueilli favorablement le résultat qui, à leur avis, a débarrassé le système de beaucoup de bois mort sous la forme d'accusations qui n'auraient pas dû être portées ou qui, ayant été portées, auraient dû être retirées. Cette situation, disent-elles, permettra au système de traiter plus rapidement des affaires plus urgentes et de réduire la période pendant laquelle des individus qu'on allègue être des criminels sont libres de leurs mouvements en attendant leur procès. D'autre part, beaucoup d'autres personnes désapprouvent ce qui, à leur avis, équivaut à une amnistie pour des criminels, dont certains étaient accusés de crimes très graves. Elles affirment que des accusés sont libérés alors qu'ils n'ont subi aucun

plete dismay of victims who have suffered, in some cases, tragic losses.

The Facts

The facts of this case are neither complicated nor in dispute. On January 9, 1988 the accused was observed by a police officer to be travelling at an excessive rate of speed. She was pulled over by the officer and showed signs of intoxication. As a result of visual observation and a series of co-ordination tests, the accused was charged with operating a motor vehicle while impaired, contrary to s. 237(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 253(a)). The accused was then taken to the police station and given a breathalyzer test after which she was charged with operating a motor vehicle having consumed alcohol in such a quantity that her blood alcohol level exceeded the legal limit, contrary to s. 237(b) (now s. 253(b)) of the *Code*.

The accused was released from custody on the day of her arrest on a promise to appear. She next appeared in Oshawa Provincial Court on February 23, 1988. Counsel for the accused explicitly requested "the earliest possible trial date" (C.O.A. at p. 15). The trial was set for March 28, 1989. In response to a query from counsel as to whether this was "the earliest date", the presiding justice answered a simple "yes" (C.O.A. at pp. 15-16).

On her scheduled trial date, March 28, 1989, counsel for the accused brought a motion to stay the proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Charter* prior to entering a plea, arguing that the 14½-month delay in bringing the accused to trial infringed the accused's right under s. 11(b) of the *Charter*. The motion was dismissed. The accused was then convicted of the "over 80" charge and a stay was entered in regard to the impaired driving charge. On appeal to the summary conviction appeal court, the "over 80" charge was also stayed on the basis that the accused had not been tried within a reasonable time. A further appeal to the

préjudice, à la grande consternation des victimes qui ont subi, dans certains cas, des pertes tragiques.

a Les faits

Les faits de l'espèce ne sont ni compliqués ni contestés. Le 9 janvier 1988, un policier a remarqué que l'accusée roulait à une vitesse excessive. Il lui a ordonné de s'arrêter et a constaté qu'elle démontrait des signes d'ébriété. À la suite d'une observation visuelle et d'une série de tests de coordination, elle a été accusée d'avoir conduit un véhicule à moteur lorsque sa capacité de conduire était affaiblie, en contravention de l'al. 237a) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 253a)). L'accusée a ensuite été amenée au poste de police et où elle a subi un alcootest après quoi elle a été accusée d'avoir, en contravention de l'al. 237b) (maintenant l'al. 253b)) du *Code*, conduit un véhicule à moteur après avoir consommé de l'alcool de manière que son alcoolémie dépassait la limite prévue par la loi.

L'accusée a été libérée le jour de son arrestation sur la promesse de comparaître. Elle a ensuite comparu devant la Cour provinciale à Oshawa, le 23 février 1988. L'avocat de l'accusée a expressément demandé [TRADUCTION] «la date du procès la plus rapprochée possible» (d.c., à la p. 15). La date du procès a été fixée au 28 mars 1989. En réponse à une demande de l'avocat s'il s'agissait de la «date la plus rapprochée», le juge qui présidait a simplement répondu «oui» (d.c., aux pp. 15 et 16).

À la date prévue du procès, le 28 mars 1989, avant de présenter un plaidoyer, l'avocat de l'accusée a présenté une requête demandant l'arrêt des procédures en se fondant sur le par. 24(1) de la *Charte*; il a soutenu que le délai de 14 mois ½ pour citer l'accusée à procès a porté atteinte aux droits que lui confère l'al. 11b) de la *Charte*. La requête a été rejetée. L'accusée a ensuite été déclarée coupable de l'accusation d'alcoolémie de «plus de 80» et un arrêt des procédures a été inscrit quant à l'accusation d'avoir conduit avec facultés affaiblies. La cour d'appel en matière de poursuites sommaires a également arrêté les procédures relativement à l'accusation d'alcoolémie de «plus de 80» sur le

Court of Appeal for Ontario was allowed and the conviction restored.

Judgments

A. Ontario Provincial Court

Dodds Prov. Ct. J. relied heavily on the case of *R. v. Hurlbert* (1988), 66 C.R. (3d) 391 (Ont. H.C.), in which an 18-month delay prior to trial was found to be reasonable. In that case, Doherty J. (as he then was) determined that while such a long delay was *prima facie* excessive and warranted a further examination of other factors, the totality of the circumstances did not justify a stay. Dodds Prov. Ct. J. went on to conclude that:

In this particular case the delay is 14½ months, not 18 months. There was no expression of concern by the representative of the accused when the trial date was set except to say "is that the earliest date?" there was no declaration of prejudice at that time and none has since been shown. In all of the circumstances I feel that this case falls well within the principal [*sic*] discussed by Mr. Justice Doherty in *Hurlbert* and the motion will be refused.

The accused was subsequently found guilty of the "over 80" charge and a stay was entered on the impaired driving charge. As a result, the accused was fined \$700 and her driver's licence was suspended for 15 months.

B. District Court of Ontario

Murphy Dist. Ct. J. stated that he was bound by the then recently released reasons of this Court in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. His Honour distinguished the *Hurlbert* case relied upon by the trial judge.

Murphy Dist. Ct. J. then applied the test for unreasonable delay as set out in *Conway*. He concluded that the major reason for the delay in this case was the lack of institutional resources. He rejected the suggestion by the Crown that the

fondement que l'accusée n'avait pas subi son procès dans un délai raisonnable. Un autre appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli et la déclaration de culpabilité a été rétablie.

Les jugements

A. La Cour provinciale de l'Ontario

Le juge Dodds s'est principalement fondé sur la décision *R. c. Hurlbert* (1988), 66 C.R. (3d) 391 (H.C. Ont.), dans laquelle on a jugé qu'un délai de 18 mois avant la tenue du procès était raisonnable. Dans cette décision-là, le juge Doherty (maintenant à la Cour d'appel) a déterminé qu'un délai aussi long était à première vue excessif et nécessitait un examen approfondi des autres facteurs, mais que l'ensemble des circonstances ne justifiait pas un arrêt des procédures. Le juge Dodds a conclu:

[TRADUCTION] En l'espèce, le délai est de 14 mois ½ et non de 18 mois. Le représentant de l'accusée n'a exprimé aucune préoccupation lorsque la date du procès a été fixée sauf de dire «est-ce la date la plus rapprochée?» Aucun préjudice n'a été soulevé à ce moment-là et aucun n'a été démontré depuis. Compte tenu des circonstances, je suis d'avis que cette affaire s'inscrit bien dans le cadre de l'analyse du juge Doherty dans la décision *Hurlbert*, et la requête est rejetée.

Par la suite l'accusée a été déclarée coupable relativement à l'accusation d'alcoolémie de «plus de 80» et un arrêt a été inscrit relativement à l'accusation de conduite avec facultés affaiblies. En conséquence, une amende de 700 \$ a été imposée à l'accusée et son permis de conduire a été suspendu pour 15 mois.

B. La Cour de district de l'Ontario

Le juge Murphy a dit qu'il était lié par les motifs récents de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659. Il a établi une distinction d'avec l'affaire *Hurlbert* sur laquelle s'est fondé le juge du procès.

Le juge Murphy a ensuite appliqué le critère en matière de délai déraisonnable énoncé dans l'arrêt *Conway*. Il a conclu que la pénurie de ressources institutionnelles constituait la raison principale du délai dans cette affaire. Il a rejeté la prétention du

appellant was required to assert her right to a prompt trial under s. 11(b). Murphy Dist. Ct. J. agreed that some allowance must be made for the strain on judicial resources, but indicated that "[t]his case is perhaps unusual in its lack of complicating factors". Given the lack of complexity of the case he could not accept that a delay of 14½ months was justified. Accordingly, he concluded that the appellant had not been tried within a reasonable time. The appeal was allowed and a stay of proceedings entered. Additionally, in the event that he was wrong on the conviction appeal, Murphy Dist. Ct. J. allowed the sentence appeal of the accused and reduced her licence suspension to 12 months.

C. *Ontario Court of Appeal* (1990), 76 C.R. (3d) 37

The Court of Appeal acknowledged that the sole source of delay in this case was attributable to limits on institutional resources. In view of this Court's statement in *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115, that "[t]he provincial courts of appeal are generally in a better position than this Court to assess the reasonableness of their province's institutional limitations and resources" (at p. 1116), the court sat as a five-member panel and invited the parties to file further material bearing upon that issue. A significant amount of additional information was filed. After reviewing portions of the material, the court noted that the problem of delay was still serious, despite initiatives by the government to address the problem.

The court then proceeded to apply the four factors referred to in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, against the facts of the case. The court first considered the issue of prejudice to the appellant and concluded that only minimal weight should be given to this factor. The appellant had suffered no actual prejudice (she neither testified nor called any witnesses) and any presumed prejudice from the delay was not significant. The court next considered waiver, concluding that the appellant had

ministère public que l'appelante était tenue de faire valoir son droit à un procès sans délai aux termes de l'al. 11b). Le juge Murphy a convenu qu'il fallait tenir compte dans une certaine mesure du manque de ressources judiciaires, mais il a indiqué que [TRADUCTION] «[c]ette affaire est sans doute inhabituelle en raison de l'absence de facteurs qui entraînent des complications». Étant donné l'absence de complexité de l'affaire, il ne pouvait admettre qu'un délai de 14 mois ½ soit justifié. Par conséquent, il a conclu que l'appelante n'avait pas été jugée dans un délai raisonnable. Il a accueilli l'appel et inscrit un arrêt des procédures. De plus, dans le cas où il aurait commis une erreur relativement à l'appel sur la déclaration de culpabilité, le juge Murphy a accueilli l'appel de l'accusée contre la peine et a réduit sa suspension de permis à 12 mois.

C. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1990), 76 C.R. (3d) 37

La Cour d'appel a reconnu que la seule source de délai dans cette affaire était attribuable aux limites des ressources institutionnelles. Compte tenu de la déclaration de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115, que «[I]es cours d'appel provinciales sont généralement mieux placées que notre Cour pour évaluer le caractère raisonnable des limites et des ressources institutionnelles de leur province» (à la p. 1116), la cour composée de cinq membres a invité les parties à présenter d'autres documents sur cette question. De nombreux renseignements supplémentaires ont été présentés. Après avoir examiné des parties des documents, la cour a fait remarquer que le problème du retard était toujours grave, malgré les initiatives du gouvernement pour régler le problème.

La cour a ensuite appliqué les quatre facteurs mentionnés dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, aux faits de l'espèce. Elle a d'abord examiné la question du préjudice causé à l'appelante et a conclu qu'il ne fallait accorder qu'une faible importance à ce facteur. L'appelante n'avait subi aucun préjudice réel (elle n'a ni déposé, ni cité aucun témoin) et tout préjudice présumé découlant du délai n'était pas important. La cour a ensuite examiné la question de la renonciation et a

not waived any of the delay. In dealing with the issue of the length of the delay, the court indicated that in isolation, the length of the delay was excessive.

In considering the second factor discussed in *Smith, supra*, the court noted that with only police witnesses and a certificate of analysis, this was a “routine” case to prosecute. In fact, the police investigation was over on the day of the arrest. The court concludes that “inherent time requirements formed no part of the reason for the delay” (p. 46).

The Court of Appeal concluded that the sole reason for the delay was the limit upon institutional resources. The court considered the situation in the District of Durham and concluded that systemic delay was approaching a crisis level. The court added, however, that the government recognized the problem and was attempting to address it. It acknowledged that “the problems with the administration of justice were enormously complex and were not amenable to a quick fix or magic solution” (p. 49). In view of the efforts of the government to reduce delay, the court was willing to view systemic delay in a sympathetic manner.

Finally, the Court of Appeal considered the need for a transitional period to give the government time to discharge its burden of providing trials within a reasonable time. It held that such a transitional period was required and “[h]aving regard to the extent and intractability of the problem . . . the transitional period cannot be a short one” (pp. 52-53). The Court of Appeal added that the leeway to be given to systemic delay during the transitional period should be considerable when balancing the factors enunciated in *Smith, supra*. Any other conclusion “would be tantamount to an amnesty . . . [and] [t]hat such an amnesty is undesirable is patently obvious” (p. 55).

The court concluded that taking into consideration all of the factors set out in *Smith, supra*, the appellant’s right to be tried within a reasonable

conclu qu’il n’y avait eu de la part de l’appelante aucune renonciation sur une partie du délai. En ce qui a trait à la longueur du délai, la cour a indiqué que, pris de façon isolée, elle était excessive.

Examinant le deuxième facteur analysé dans l’arrêt *Smith*, précité, la cour a souligné que, l’affaire ne comportant que des témoins de la police et un certificat d’analyse, il s’agissait d’une question de «routine». En fait, l’enquête de la police était terminée le jour même de l’arrestation. La cour a conclu que [TRADUCTION] «les délais inhérents n’expliquaient pas le retard» (à la p. 46).

La Cour d’appel a conclu que l’unique raison du délai était la pénurie des ressources institutionnelles. La cour a examiné la situation dans le district de Durham et a conclu que les délais systémiques arrivaient à un niveau de crise. Toutefois, elle a ajouté que le gouvernement avait reconnu le problème et tentait de le régler. Elle a admis que [TRADUCTION] «les problèmes de l’administration de la justice étaient extrêmement complexes et ne pouvaient faire l’objet d’un règlement rapide ou d’une solution magique» (à la p. 49). Compte tenu des efforts du gouvernement pour réduire les délais, la cour était disposée à considérer de façon bienveillante le délai systémique.

Enfin, la Cour d’appel a examiné la nécessité d’une période de transition pour donner au gouvernement le temps de s’acquitter de son fardeau d’assurer la tenue des procès dans un délai raisonnable. Elle a conclu qu’une telle période de transition était nécessaire et que [TRADUCTION] «[c]ompte tenu de l’étendue et de la grande difficulté du problème [. . .] la période de transition ne peut être courte.» (aux pp. 52 et 53). La Cour d’appel a ajouté qu’il faudrait accorder une marge considérable au délai systémique pendant la période de transition dans la pondération des facteurs énoncés dans l’arrêt *Smith*, précité. Toute autre conclusion [TRADUCTION] «équivaldrait à une amnistie [. . .] [et] [i]l est clairement évident qu’une telle amnistie n’est pas souhaitable» (à la p. 55).

La cour a conclu que, compte tenu de tous les facteurs énoncés dans l’arrêt *Smith*, précité, le droit de l’appelante d’être jugée dans un délai raisonnable

time had not been infringed. The appeal was therefore allowed, the conviction entered at trial restored, and the sentence as "modified" by Murphy Dist. Ct. J. on appeal, affirmed.

Points in Issue

The major issue to be determined in this appeal is whether the accused's right to a trial within a reasonable time as guaranteed by s. 11(b) of the *Charter* has been infringed by the delay experienced in this case. A subsidiary issue arises if the answer to the above question is in the affirmative. That subsidiary question is whether the delay can be excused as a result of the need for a transitional period to allow the government to discharge its burden of providing trials within a reasonable time.

Jurisprudential Development of s. 11(b)

The development of the jurisprudence relating to s. 11(b) is instructive in that it underscores the importance of avoiding rigidity in the interpretation of new constitutional rights early in the life of a constitutional document. The Court could have simply adopted the American approach articulated in *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), which has resulted in only the most egregious delays being proscribed. Instead, in accordance with the intent of the *Charter*, this Court has attempted to develop a Canadian approach with due regard for the American experience. Embarking as we did on uncharted waters it is not surprising that the course we steered has required, and may require in the future, some alteration in its direction to accord with experience.

In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, and *R. v. Conway*, *supra*, the Court developed the basic criteria for the application of s. 11(b). Not surprisingly, the broad and general language of the section gave rise to differences of opinion as to the criteria to be applied and their content. In an effort to develop a common approach which would supply some guidance but leave trial courts and courts of appeal flexibility to take into account local conditions,

ble n'a pas été violé. Par conséquent, l'appel a été accueilli, la déclaration de culpabilité prononcée au procès a été rétablie et la peine «modifiée» en appel par le juge Murphy de la Cour de district a été confirmée.

Les questions en litige

La question principale à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si le délai intervenu en l'espèce a porté atteinte au droit de l'accusée d'être jugée dans un délai raisonnable que confère l'al. 11b) de la *Charte*. Si l'on répond à cette question par l'affirmative, il en découle une question subsidiaire. Le délai est-il excusable en raison de la nécessité d'une période de transition pour permettre au gouvernement de s'acquitter de son fardeau d'assurer la tenue des procès dans un délai raisonnable?

La jurisprudence relative à l'al. 11b)

La jurisprudence relative à l'al. 11b) est intéressante car elle souligne l'importance d'éviter d'interpréter de façon rigide les nouveaux droits constitutionnels dans les premières années d'un document constitutionnel. La Cour aurait simplement pu adopter la position américaine énoncée dans l'arrêt *Barker c. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), selon lequel seuls les délais énormes sont interdits. Notre Cour plutôt a tenté d'élaborer, en conformité avec l'esprit de la *Charte*, une position canadienne en tenant compte de l'expérience américaine. Naviguant comme nous l'avons fait en eaux inconnues, il n'est pas surprenant que le cap que nous avons adopté ait nécessité certaines modifications pour se conformer à l'expérience et qu'il pourra en exiger d'autres à l'avenir.

Dans les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588 et *R. c. Conway*, précité, la Cour a élaboré les critères fondamentaux pour l'application de l'al. 11b). Il n'est pas surprenant que le libellé général de l'alinéa soulève des divergences d'opinions quant aux critères qui doivent être appliqués et quant à leur contenu. Dans un effort pour élaborer une position commune qui aurait guidé les tribunaux de première instance et les cours d'appel mais leur aurait

this Court in *Smith, supra*, distilled the jurisprudence in *Mills, Rahey* and *Conway* into four basic criteria to be applied in determining whether delay was unreasonable. In the week preceding release of the reasons in *Smith*, we heard the appeal in *Stensrud, supra*, in which we were invited to reverse a decision of the Court of Appeal of Saskatchewan reversing the trial judge who had refused a stay. On the basis of evidence before it, the Court of Appeal found the delay to be unreasonable. Mindful of the fact that *Smith* was about to be released, we declined to embark on another examination of the principles underlying s. 11(b). We were satisfied that the Court of Appeal had correctly assessed the effect of limitations on institutional resources. In this regard we stated, (at p. 1116) that:

The provincial courts of appeal are generally in a better position than this Court to assess the reasonableness of their province's institutional limitations and resources.

Finally, in *Askov*, we dealt with a case which came to us from the Court of Appeal for Ontario and originated in Brampton, Ontario, a notorious sore spot in relation to unreasonable delay. Applying the basic criteria in *Smith*, the Court was unanimous that the delay was unreasonable. The Court went on to suggest that "a period of delay in a range of some six to eight months between committal and trial might be deemed to be the outside limit of what is reasonable" (p. 1240). It is the interpretation and application of this statement that resulted in the large number of stays and withdrawals to which I have referred.

This appeal came before the Court of Appeal for Ontario after the release of our judgments in *Smith* and *Stensrud* but before *Askov*. I have already indicated that the court invited the parties to provide additional evidence with respect to the situation in the District of Durham relating to institutional limitations and resources. It was in this jurisprudential

laissé la souplesse nécessaire pour tenir compte des conditions locales, notre Cour dans l'arrêt *Smith*, précité, a réparti la jurisprudence établie dans les arrêts *Mills, Rahey* et *Conway* en quatre critères fondamentaux qui doivent être appliqués pour déterminer si le délai est déraisonnable. Dans la semaine qui a précédé le dépôt des motifs de l'arrêt *Smith*, nous avons entendu le pourvoi *Stensrud*, précité, dans lequel on nous demandait d'infirmier un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan infirmant la décision du juge du procès qui avait refusé un arrêt des procédures. Sur le fondement de la preuve qui lui avait été présentée, la Cour d'appel a conclu que le délai était déraisonnable. Sachant que l'arrêt *Smith* allait être rendu sous peu, nous avons refusé d'examiner encore une fois les principes sous-jacents à l'al. 11b). Nous étions convaincus que la Cour d'appel avait correctement évalué l'effet des restrictions sur les ressources institutionnelles. À cet égard nous avons dit, à la p. 1116:

Les cours d'appel provinciales sont généralement mieux placées que notre Cour pour évaluer le caractère raisonnable des limites et des ressources institutionnelles de leur province.

Enfin, dans l'arrêt *Askov*, nous avons traité d'une affaire qui nous est venue de la Cour d'appel de l'Ontario et qui émanait de Brampton (Ontario), un endroit bien connu pour ce qui est des délais déraisonnables. La Cour a appliqué les critères fondamentaux de l'arrêt *Smith* et a conclu, à l'unanimité, que le délai était déraisonnable. La Cour a ensuite dit qu'«une période d'attente de six à huit mois entre l'envoi à procès et le procès lui-même, pourrait être à la limite supérieure du raisonnable» (à la p. 1240). C'est l'interprétation et l'application de cette déclaration qui ont entraîné le grand nombre d'arrêts des procédures et de retraits que j'ai mentionnés.

La présente instance a été présentée à la Cour d'appel de l'Ontario après le dépôt de nos arrêts *Smith* et *Stensrud* mais avant l'arrêt *Askov*. J'ai déjà indiqué que la cour avait invité les parties à soumettre d'autres éléments de preuve en ce qui a trait à la situation dans le district de Durham relativement aux restrictions et aux ressources institu-

and evidentiary setting that the Court of Appeal reached its decision.

The Purpose of s. 11(b)

The primary purpose of s. 11(b) is the protection of the individual rights of accused. A secondary interest of society as a whole has, however, been recognized by this Court. I will address each of these interests and their interaction.

The individual rights which the section seeks to protect are: (1) the right to security of the person, (2) the right to liberty, and (3) the right to a fair trial.

The right to security of the person is protected in s. 11(b) by seeking to minimize the anxiety, concern and stigma of exposure to criminal proceedings. The right to liberty is protected by seeking to minimize exposure to the restrictions on liberty which result from pre-trial incarceration and restrictive bail conditions. The right to a fair trial is protected by attempting to ensure that proceedings take place while evidence is available and fresh.

The secondary societal interest is most obvious when it parallels that of the accused. Society as a whole has an interest in seeing that the least fortunate of its citizens who are accused of crimes are treated humanely and fairly. In this respect trials held promptly enjoy the confidence of the public. As observed by Martin J.A. in *R. v. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73 (Ont. C.A.): "Trials held within a reasonable time have an intrinsic value. The constitutional guarantee enures to the benefit of society as a whole and, indeed, to the ultimate benefit of the accused . . ." (p. 96). In some cases, however, the accused has no interest in an early trial and society's interest will not parallel that of the accused.

There is, as well, a societal interest that is by its very nature adverse to the interests of the accused.

tionnelles. C'est dans ce cadre de jurisprudence et de preuve que la Cour d'appel a rendu sa décision.

L'objet de l'al. 11b)

L'objet principal de l'al. 11b) est la protection des droits individuels de l'accusé. Toutefois, notre Cour a reconnu un intérêt secondaire de l'ensemble de la société. J'examinerai chacun de ces intérêts et leur interaction.

Les droits individuels que l'alinéa cherche à protéger sont: (1) le droit à la sécurité de la personne, (2) le droit à la liberté et (3) le droit à un procès équitable.

L'alinéa 11b) protège le droit à la sécurité de la personne en tentant de diminuer l'anxiété, la préoccupation et la stigmatisation qu'entraîne la participation à des procédures criminelles. Il protège le droit à la liberté parce qu'il cherche à réduire l'exposition aux restrictions de la liberté qui résulte de l'emprisonnement préalable au procès et des conditions restrictives de liberté sous caution. Pour ce qui est du droit à un procès équitable il est protégé par la tentative de faire en sorte que les procédures aient lieu pendant que la preuve est disponible et récente.

L'intérêt secondaire de la société ressort de façon évidente lorsqu'il correspond à celui de l'accusé. La société dans son ensemble a intérêt à ce que le moins fortuné de ses citoyens qui est accusé de crimes soit traité de façon humaine et équitable. À cet égard, les procès qui sont tenus rapidement ont la confiance du public. Comme le juge Martin l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Beason* (1983), 36 C.R. (3d) 73 (C.A. Ont.): [TRADUCTION] «Les procès tenus dans un délai raisonnable ont une valeur intrinsèque. La garantie constitutionnelle s'applique à l'avantage de l'ensemble de la société et, en fait, à l'avantage ultime de l'accusé . . .» (à la p. 96). Toutefois, dans certains cas, l'accusé n'a aucun intérêt dans la tenue d'un procès hâtif et l'intérêt de la société ne correspond pas alors à celui de l'accusé.

Il existe également un intérêt de la société qui est, par sa nature même, contraire aux intérêts de

In *Conway*, a majority of this Court recognized that the interests of the accused must be balanced by the interests of society in law enforcement. This theme was picked up in *Askov* in the reasons of Cory J. who referred to “a collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law” (pp. 1219-20). As the seriousness of the offence increases so does the societal demand that the accused be brought to trial. The role of this interest is most evident and its influence most apparent when it is sought to absolve persons accused of serious crimes simply to clean up the docket.

The Approach to Unreasonable Delay — The Factors

The general approach to a determination as to whether the right has been denied is not by the application of a mathematical or administrative formula but rather by a judicial determination balancing the interests which the section is designed to protect against factors which either inevitably lead to delay or are otherwise the cause of delay. As I noted in *Smith, supra*, “[i]t is axiomatic that some delay is inevitable. The question is, at what point does the delay become unreasonable?” (p. 1131). While the Court has at times indicated otherwise, it is now accepted that the factors to be considered in analyzing how long is too long may be listed as follows:

1. the length of the delay;
2. waiver of time periods;
3. the reasons for the delay, including
 - (a) inherent time requirements of the case,
 - (b) actions of the accused,
 - (c) actions of the Crown,
 - (d) limits on institutional resources, and

l'accusé. Dans l'arrêt *Conway*, notre Cour, à la majorité, a reconnu que les intérêts de l'accusé doivent être contrebalancés par les intérêts de la société dans l'application de la loi. Ce thème a été repris dans l'arrêt *Askov* par le juge Cory qui a mentionné que «la société a un intérêt à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi» (à la p. 1219). Plus un crime est grave, plus la société exige que l'accusé subisse un procès. Le rôle de cet intérêt est des plus évidents et son influence des plus apparentes lorsqu'on cherche à absoudre des personnes accusées de crimes graves simplement dans le but d'alléger le rôle.

La position à l'égard du délai déraisonnable — Les facteurs

La méthode générale pour déterminer s'il y a eu violation du droit ne consiste pas dans l'application d'une formule mathématique ou administrative mais plutôt dans une décision judiciaire qui soupèse les intérêts que l'alinéa est destiné à protéger et les facteurs qui, inévitablement, entraînent un délai ou sont autrement la cause du délai. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Smith, précité*, «[i] est évident qu'un certain délai est inévitable. La question est de savoir à quel point le délai devient déraisonnable.» (à la p. 1131). Bien que la Cour ait à l'occasion dit autre chose, il est maintenant admis que les facteurs à prendre en considération pour analyser la longueur d'un délai déraisonnable sont les suivants:

1. la longueur du délai;
2. la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;
3. les raisons du délai, notamment
 - a) les délais inhérents à la nature de l'affaire,
 - b) les actes de l'accusé,
 - c) les actes du ministère public,
 - d) les limites des ressources institutionnelles,

(e) other reasons for delay; and

e) les autres raisons du délai;

4. prejudice to the accused.

4. le préjudice subi par l'accusé.

These factors are substantially the same as those discussed by this Court in *Smith, supra*, at p. 1131, and in *Askov, supra*, at pp. 1231-32.

^a Ces facteurs sont essentiellement les mêmes que ceux que notre Cour a analysé dans l'arrêt *Smith*, précité, à la p. 1131, et dans l'arrêt *Askov*, précité, aux pp. 1231 et 1232.

The judicial process referred to as "balancing" requires an examination of the length of the delay and its evaluation in light of the other factors. A judicial determination is then made as to whether the period of delay is unreasonable. In coming to this conclusion, account must be taken of the interests which s. 11(b) is designed to protect. Leaving aside the question of delay on appeal, the period to be scrutinized is the time elapsed from the date of the charge to the end of the trial. See *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594. The length of this period may be shortened by subtracting periods of delay that have been waived. It must then be determined whether this period is unreasonable having regard to the interests s. 11(b) seeks to protect, the explanation for the delay and the prejudice to the accused.

^b Le processus judiciaire appelé «pondération» exige un examen de la longueur du délai et son évaluation en fonction d'autres facteurs. Le tribunal détermine ensuite si le délai est déraisonnable. Pour rendre cette décision, il y a lieu de tenir compte des intérêts que l'al. 11b) vise à protéger. Si l'on écarte la question du délai en appel, la période qui doit être examinée est celle qui court de la date de l'accusation à la fin du procès. Voir *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594. La longueur de cette période peut être réduite par la soustraction des périodes pour lesquelles il y a eu renonciation. Il faut alors déterminer si cette période est déraisonnable compte tenu des intérêts que l'al. 11b) vise à protéger, de l'explication du délai et du préjudice subi par l'accusé.

The role of the burden of proof in this balancing process was set out in the unanimous judgment of this Court in *Smith, supra*, at pp. 1132-33, as follows:

^f Le rôle du fardeau de la preuve dans ce processus de pondération a été décrit dans notre jugement unanime *Smith*, précité, aux pp. 1132 et 1133:

I accept that the accused has the ultimate or legal burden of proof throughout. A case will only be decided by reference to the burden of proof if the court cannot come to a determinate conclusion on the facts presented to it. Although the accused may have the ultimate or legal burden, a secondary or evidentiary burden of putting forth evidence or argument may shift depending on the circumstances of each case. For example, a long period of delay occasioned by a request of the Crown for an adjournment would ordinarily call for an explanation from the Crown as to the necessity for the adjournment. In the absence of such an explanation, the court would be entitled to infer that the delay is unjustified. It would be appropriate to speak of the Crown having a secondary or evidentiary burden under these circumstances. In all cases, the court should be mindful that it is seldom necessary or desirable to decide this question on the basis of burden of proof and that it is preferable to eval-

^g Je conviens que le fardeau ultime de la preuve incombe à l'accusé. Une affaire ne sera tranchée en fonction du fardeau de la preuve que si la cour ne peut parvenir à une décision à partir des faits qui lui sont présentés. Bien que le fardeau ultime de la preuve puisse incomber à l'accusé, il peut y avoir déplacement du fardeau secondaire de présentation d'éléments de preuve ou d'arguments selon les circonstances de chaque cas. Par exemple, un long délai qui résulte d'une demande d'ajournement du ministère public exigerait normalement une explication de sa part quant à la nécessité de l'ajournement. En l'absence d'une telle explication, la cour pourrait déduire que le délai est injustifié. Il conviendrait de dire qu'un fardeau secondaire de présentation incombe au ministère public dans ces circonstances. Dans tous les cas, la cour devrait se rappeler qu'il est rarement nécessaire ou souhaitable de trancher la question en fonction du fardeau de la preuve et qu'il est pré-

uate the reasonableness of the overall lapse of time having regard to the factors referred to above.

I do not read the *Askov* decision as having departed from this statement although portions of the reasons of Cory J. emphasized certain aspects of the evidentiary burden on the Crown.

A definition of each of these factors and their interaction follows. I will deal with them in the order that they should be considered by a trial court.

1. *The Length of the Delay*

As I have indicated, this factor requires the court to examine the period from the charge to the end of the trial. Charge means the date on which an information is sworn or an indictment is preferred (see *Kalanj, supra*, at p. 1607). Pre-charge delay may in certain circumstances have an influence on the overall determination as to whether post-charge delay is unreasonable but of itself it is not counted in determining the length of the delay.

An inquiry into unreasonable delay is triggered by an application under s. 24(1) of the *Charter*. The applicant has the legal burden of establishing a *Charter* violation. The inquiry, which can be complex (as may be illustrated by the proceedings in the Court of Appeal in this case), should only be undertaken if the period is of sufficient length to raise an issue as to its reasonableness. If the length of the delay is unexceptional, no inquiry is warranted and no explanation for the delay is called for unless the applicant is able to raise the issue of reasonableness of the period by reference to other factors such as prejudice. If, for example, the applicant is in custody, a shorter period of delay will raise the issue.

féralable d'apprécier le caractère raisonnable du délai global écoulé en tenant compte des facteurs susmentionnés.

Je ne considère pas l'arrêt *Askov* comme s'écarter de cette déclaration quoique certaines parties des motifs du juge Cory insistent sur certains aspects du fardeau de présentation qui incombe au ministère public.

Voici une définition de chacun de ces facteurs et de leur interaction. Je traiterai de ceux-ci dans l'ordre où un tribunal de première instance doit les examiner.

1. *La longueur du délai*

Comme je l'ai indiqué, ce facteur oblige la cour à examiner la période qui court de l'accusation jusqu'à la fin du procès. L'accusation désigne la date à laquelle une dénonciation est déposée ou celle à laquelle un acte d'accusation est présenté (voir *Kalanj, précité*, à la p. 1607). Le délai antérieur à l'accusation peut, dans certaines circonstances, avoir une influence sur la décision globale de savoir si le délai postérieur à l'accusation est déraisonnable, mais il n'entre pas comme tel dans le calcul de la longueur du délai.

Un examen pour déterminer si un délai est déraisonnable est déclenché par une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*. Le fardeau juridique d'établir qu'il y a eu une violation de la *Charte* incombe au requérant. L'examen, qui peut être complexe (comme peuvent l'illustrer les procédures devant la Cour d'appel en l'espèce), ne devrait être entrepris que si la période est suffisamment longue pour soulever des doutes quant à son caractère raisonnable. Si la longueur du délai n'est pas exceptionnelle, il n'est pas nécessaire de procéder à un examen et aucune explication du délai n'est demandée à moins que le requérant ne soit en mesure de soulever la question du caractère raisonnable de la période par renvoi à d'autres facteurs comme le préjudice. Si, par exemple, le requérant est sous garde, un délai plus court soulèvera le problème.

2. Waiver of Time Periods

If the length of the delay warrants an inquiry into the reasons for delay, it appears logical to deal with any allegation of waiver before embarking on the more detailed examination of the reasons for delay. If by agreement or other conduct the accused has waived in whole or in part his or her rights to complain of delay then this will either dispose of the matter or allow the period waived to be deducted.

This Court has clearly stated that in order for an accused to waive his or her rights under s. 11(b), such waiver must be clear and unequivocal, with full knowledge of the rights the procedure was enacted to protect and of the effect that waiver will have on those rights (*Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, at p. 49; see also *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 394-96; *Askov*, *supra*, at pp. 1228-29). Waiver can be explicit or implicit. If the waiver is said to be implicit, the conduct of the accused must comply with the stringent test for waiver set out above. As Cory J. described it in *Askov*, *supra*, at p. 1228:

... there must be something in the conduct of the accused that is sufficient to give rise to an inference that the accused has understood that he or she had a s. 11(b) guarantee, understood its nature and has waived the right provided by that guarantee.

Waiver requires advertence to the act of release rather than mere inadvertence. If the mind of the accused or his or her counsel is not turned to the issue of waiver and is not aware of what his or her conduct signifies, then this conduct does not constitute waiver. Such conduct may be taken into account under the factor "actions of the accused" but it is not waiver. As I stated in *Smith*, *supra*, which was adopted in *Askov*, *supra*, consent to a trial date can give rise to an inference of waiver. This will not be so if consent to a date amounts to mere acquiescence in the inevitable.

2. La renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul

Si la longueur du délai justifie un examen des raisons du délai, il paraît logique de traiter de toute allégation de renonciation avant d'aller plus loin dans l'examen plus détaillé de ces raisons. Si, par entente ou de toute autre façon, l'accusé a renoncé en tout ou en partie à ses droits de se plaindre du délai, la question sera réglée, ou la période à laquelle il a renoncé sera soustraite.

Notre Cour a clairement dit que pour qu'un accusé renonce aux droits que lui confère l'al. 11b), la renonciation doit être claire et sans équivoque et faite en pleine connaissance des droits que la procédure était destinée à protéger et de l'effet de la renonciation sur ces droits (*Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, à la p. 49; voir également *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 394 à 396; *Askov*, précité, aux pp. 1228 et 1229). La renonciation peut être explicite ou implicite. Si la renonciation est censée être implicite, la conduite de l'accusé doit être conforme aux critères stricts de la renonciation énoncée précédemment, comme le juge Cory l'a décrit dans l'arrêt *Askov*, précité, à la p. 1228:

Il faut [. . .], dans la conduite de l'accusé, quelque chose qui permette de conclure qu'il a compris que l'al. 11b) lui garantissait un droit, qu'il a compris la nature de ce droit et qu'il a renoncé au droit ainsi garanti.

Pour qu'il y ait renonciation, il doit y avoir un acte précis et non seulement un manque d'attention. Si l'accusé ou son avocat ne pense pas expressément à la renonciation et qu'il n'est pas au courant de ce que signifie sa conduite, alors cette conduite ne constitue pas une renonciation. On peut tenir compte d'une telle conduite sous le facteur «actes de l'accusé», mais il ne s'agit pas d'une renonciation. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Smith*, précité, qui a été suivi dans l'arrêt *Askov*, précité, le fait d'accepter la date d'un procès peut permettre de déduire qu'il y a eu renonciation. Ce ne sera pas le cas si le consentement à une date équivaut à une simple reconnaissance de l'inévitable.

In *R. v. Bennett* (1991), 6 C.R. (4th) 22 (Ont. C.A.), Arbour J.A. alluded to the problem that arises in applying the principles of waiver in respect of accused who agreed to trial dates prior to the release of the *Askov* decision. Presumably the accused could contend that in agreeing to dates they were not fully aware of their rights. No doubt this is a factor that must be considered by the court hearing the application and it is not appropriate for this Court to make any general pronouncement as to whether waiver would or would not apply in the circumstances. Any alleged misapprehension of rights by reason of the apprehended state of the law before *Askov* must be considered in light of these reasons.

3. *The Reasons for the Delay*

If the application by an accused is not resolved by reason of the principles of waiver, the court will have to consider the other explanations for delay. Some delay is inevitable. Courts are not in session day and night. Time will be taken up in processing the charge, retention of counsel, applications for bail and other pre-trial procedures. Time is required for counsel to prepare. Over and above these inherent time requirements of a case, time may be consumed to accommodate the prosecution or defence. Neither side, however, can rely on their own delay to support their respective positions. When a case is ready for trial a judge, courtroom or essential court staff may not be available and so the case cannot go on. This latter type of delay is referred to as institutional or systemic delay. I now turn to a closer examination of each of these reasons and the role each plays in determining what delay is unreasonable.

(a) Inherent Time Requirements

All offences have certain inherent time requirements which inevitably lead to delay. Just as the firetruck must get to the fire, so must a case be prepared. The complexity of the trial is one requirement which has often been mentioned. All other

Dans l'arrêt *R. c. Bennett* (1991), 6 C.R. (4th) 22 (C.A. Ont.), le juge Arbour a fait allusion au problème qui survient lorsqu'on applique les principes de la renonciation à l'égard des accusés qui ont accepté des dates de procès avant le dépôt de l'arrêt *Askov*. Vraisemblablement, les accusés pourraient soutenir que, lorsqu'ils ont accepté les dates ils n'étaient pas entièrement au courant de leurs droits. Il s'agit sans aucun doute d'un facteur qui doit être examiné par le tribunal qui entend la demande et il ne convient pas que notre Cour se prononce d'une manière générale sur la question de savoir si une renonciation s'appliquerait dans les circonstances. Toute allégation qu'il y a eu mauvaise compréhension des droits en raison de l'état du droit connu avant l'arrêt *Askov* doit être examinée en tenant compte des présents motifs.

d 3. *Les raisons du délai*

Si la demande d'un accusé n'est pas réglée en raison des principes de la renonciation, la cour devra examiner les autres explications du délai. Certains délais sont inévitables. Les tribunaux ne siègent pas jour et nuit. Il faut du temps pour traiter l'accusation, retenir les services d'un avocat, régler les demandes de cautionnement et les autres procédures préalables au procès. Il faut du temps pour que l'avocat se prépare. En plus de ces délais inhérents à la nature de l'affaire, la poursuite ou la défense peut avoir besoin de temps. Toutefois, aucune partie ne peut invoquer ses propres délais à l'appui de sa position. Lorsqu'une affaire est prête pour le procès, il est possible que le juge, la salle d'audiences ou le personnel essentiel de la cour ne soient pas disponibles et qu'ainsi l'affaire ne puisse être entendue. Ce dernier genre de délai est appelé délai institutionnel ou systémique. J'examinerai maintenant de manière plus approfondie chacune de ces raisons et le rôle qu'elle joue pour déterminer qu'un délai est déraisonnable.

i a) Les délais inhérents

Toutes les infractions comportent certaines exigences inhérentes en matière de délais qui retardent inévitablement l'affaire. Tout comme le camion d'incendie doit se rendre sur les lieux du sinistre, il faut également qu'une affaire soit prépa-

factors being equal, the more complicated a case, the longer it will take counsel to prepare for trial and for the trial to be conducted once it begins. For example, a fraud case may involve the analysis of many documents, some conspiracies may involve a large number of witnesses and other cases may involve numerous intercepted communications which all must be transcribed and analyzed. The inherent requirements of such cases will serve to excuse longer periods of delay than for cases which are less complex. Each case will bring its own set of facts which must be evaluated. Account must also be taken of the fact that counsel for the prosecution and the defence cannot be expected to devote their time exclusively to one case. The amount of time that should be allowed counsel is well within the field of expertise of trial judges.

As well as the complexity of a case, there are inherent requirements which are common to almost all cases. The respondent has described such activities as "intake requirements". Whatever one wishes to call these requirements, they consist of activities such as retention of counsel, bail hearings, police and administration paperwork, disclosure, etc. All of these activities may or may not be necessary in a particular case but each takes some amount of time. As the number and complexity of these activities increase, so does the amount of delay that is reasonable. Equally, the fewer the activities which are necessary and the simpler the form each activity takes, the shorter should be the delay. The respondent suggests that this Court should set an administrative guideline for such an "intake period". We decline to do so on the basis of the record that is before us. The length of time necessary will be influenced by local practices and conditions and should reflect that fact. No doubt the intake period in a particular region will tend to be the same for most offences. There may, however, be a significant variation between some categories of offences, such as between summons cases and cases of arrest. This will mean that courts in a particular region will tend to hear the

rée. La complexité du procès est une exigence qui a souvent été mentionnée. Tous les autres facteurs étant égaux, une affaire plus compliquée demandera plus de temps de préparation à l'avocat et le procès durera plus longtemps une fois qu'il sera commencé. Par exemple, une affaire de fraude peut exiger l'analyse d'un grand nombre de documents, certains complots peuvent toucher un grand nombre de témoins et d'autres affaires peuvent comporter beaucoup de communications interceptées qui doivent toutes être transcrites et analysées. Les délais inhérents à la nature de ces affaires permettront d'excuser des délais plus longs que pour des affaires moins complexes. Chaque affaire comporte ses propres faits qui doivent être évalués. Il faut également tenir compte du fait qu'on ne peut s'attendre que l'avocat de la poursuite et celui de la défense consacrent leur temps exclusivement à une affaire. Les juges de première instance ont toute la compétence voulue pour déterminer le temps qu'il convient d'accorder aux avocats.

Outre la complexité d'une affaire, il existe des délais inhérents qui sont communs à presque toutes les affaires. L'intimée a décrit ces activités comme des [TRADUCTION] «délais préparatoires». Peu importe la manière dont on désigne ces délais, ils sont constitués d'éléments comme le recours aux services d'un avocat, les audiences en matière de cautionnement, les documents de la police et de l'administration, les communications de la preuve, etc. Tous ces éléments peuvent ou non être nécessaires dans une affaire en particulier mais chacun d'entre eux prend un certain temps. Si le nombre et la complexité de ces éléments augmentent, la longueur du délai raisonnable augmente également. De même, moins il y a d'éléments nécessaires et plus chacun d'entre eux est simple, le délai devrait être court. L'intimée soutient que notre Cour devrait établir une ligne directrice administrative à l'égard d'une telle «période préparatoire». Nous refusons de le faire sur le fondement du dossier qui nous est présenté. La longueur du délai nécessaire est influencée par les pratiques et les conditions locales et devrait refléter ce fait. De toute évidence, la période préparatoire dans une région donnée aura tendance à être la même pour la plupart des infractions. Toutefois, il peut y avoir une diffé-

same evidence repeated with each s. 11(b) application. It will then become apparent that this period falls within a range of a certain number of weeks or months. A *de facto* administrative guideline will thus develop that will reflect conditions in that region.

Another inherent delay that must be taken into account is whether a case must proceed through a preliminary inquiry. Clearly a longer time must be allowed for cases that must proceed through a "two-stage" trial process than for cases which do not require a preliminary hearing. Equally, a two-stage process will involve additional inherent delays such as further pre-trial meetings and added court dates. An additional period for inherent time requirements must be allowed for this second stage. This period will be shorter than in the case of the one-stage trial process because many of the intake procedures will not have to be duplicated.

(b) Actions of the Accused

This aspect of the reasons for the delay should not be read as putting the "blame" on the accused for certain portions of delay. There is no necessity to impute improper motives to the accused in considering this factor. Included under this heading are all actions taken by the accused which may have caused delay. In this section I am concerned with actions of the accused which are voluntarily undertaken. Actions which could be included in this category include change of venue motions, attacks on wiretap packets, adjournments which do not amount to waiver, attacks on search warrants, etc. I do not wish to be interpreted as advocating that the accused sacrifice all preliminary procedures and strategy, but simply point out that if the accused chooses to take such action, this will be

rence importante entre certaines catégories d'infractions, comme entre les cas d'assignation et les cas où il y a arrestation. Cela signifie que les tribunaux dans une région donnée entendront généralement les mêmes éléments de preuve lors de chaque demande fondée sur l'al. 11b). Il deviendra alors évident que cette période s'inscrit dans une durée d'un certain nombre de semaines ou de mois. Il y aura alors élaboration d'une ligne directrice administrative de fait qui reflétera les conditions dans cette région.

Un autre délai inhérent dont il faut tenir compte est de savoir s'il doit y avoir une enquête préliminaire. De toute évidence, il faut accorder plus de temps aux affaires qui doivent comporter un processus à «deux volets» que pour les affaires qui n'exigent pas d'enquête préliminaire. De même, un processus à deux volets entraînera des délais inhérents supplémentaires comme des rencontres additionnelles préalables au procès et des dates de comparutions supplémentaires. Il convient d'accorder une période supplémentaire pour les délais inhérents à ce second volet. Cette période sera plus courte que dans le cas d'un procès à volet unique parce qu'un grand nombre des procédures préparatoires n'auront pas à être reprises.

b) Les actes de l'accusé

Cet aspect des raisons du délai ne devrait pas être interprété comme si l'on «blâmait» l'accusé relativement à certaines parties du délai. Rien n'exige que des motifs incorrects soient attribués à l'accusé dans l'examen de ce facteur. Cette rubrique comprend toutes les mesures prises par l'accusé qui peuvent avoir entraîné un délai. Sous cette rubrique, je me préoccupe des actes de l'accusé qui ont été entrepris volontairement. Les actes de cette catégorie peuvent comprendre notamment les requêtes en renvoi devant une autre cour, les contestations en matière d'écoute électronique, les ajournements qui n'équivalent pas à une renonciation, les contestations de mandat de perquisition, etc. Je ne voudrais pas que l'on croit que je préconise que les accusés sacrifient toutes les procédures préliminaires et leur stratégie, mais je souligne simplement que s'ils choisissent de prendre

taken into account in determining what length of delay is reasonable.

An example of such actions is provided by *Conway, supra*. In *Conway*, the accused made a number of requests which led to the proceedings being delayed. Those requests included a change of venue motion, changes of solicitor and a request that the accused be allowed to re-elect trial by judge alone. A further example is provided in *Bennett, supra*, where the accused made an election at his scheduled Provincial Court trial to be tried in the then District Court. This converted a scheduled trial into a preliminary inquiry. While the type of action of the accused in both these cases was unquestionably *bona fide*, each action contributed to the delay and must therefore be taken into consideration in determining whether the overall delay suffered by the accused was reasonable.

(c) Actions of the Crown

As with the conduct of the accused, this factor does not serve to assign blame. This factor simply serves as a means whereby actions of the Crown which delay the trial may be investigated. Such actions include adjournments requested by the Crown, failure or delay in disclosure, change of venue motions, etc. An example of action of this type is provided in *Smith, supra*, where adjournments were sought due to the wish of the Crown to have a particular investigating officer attend the trial. As I stated in that case, there is nothing wrong with the Crown seeking such adjournments but such delays cannot be relied upon by the Crown to explain away delay that is otherwise unreasonable.

(d) Limits on Institutional Resources

Institutional delay is the most common source of delay and the most difficult to reconcile with the dictates of s. 11(b) of the *Charter*. It was the major source of the delay in *Askov*. As I have stated, this is the period that starts to run when the parties are

une telle mesure, il faudra en tenir compte pour déterminer le délai qui est raisonnable.

L'arrêt *Conway*, précité, fournit un exemple de ces actes. Dans cet arrêt, l'accusé a présenté un certain nombre de demandes qui ont entraîné un délai dans les procédures. Ces demandes comprenaient une requête en renvoi devant une autre cour, des changements de procureur et une requête pour permettre à l'accusé de faire un nouveau choix afin d'être jugé devant un juge seul. L'arrêt *Bennett*, précité, fournit un autre exemple. Il s'agit d'une affaire où l'accusé a choisi lors de son procès prévu devant la Cour provinciale d'être jugé devant la cour qui s'appelait à cette époque Cour de district. Cet acte a transformé un procès prévu en enquête préliminaire. Bien que les actes de l'accusé dans ces deux cas étaient de toute évidence de bonne foi, chaque acte a contribué au délai et il faut par conséquent en tenir compte pour déterminer si le délai global subi par l'accusé était raisonnable.

c) Les actes du ministère public

Comme pour la conduite de l'accusé, ce facteur ne sert pas à attribuer des reproches. Il sert simplement à examiner les actes du ministère public qui retardent le procès. Ces actes comprennent les demandes d'ajournement par le ministère public, le défaut ou le retard en matière de communication de la preuve, les requêtes en renvoi devant une autre cour, etc. L'arrêt *Smith*, précité, fournit un exemple de ce genre d'actes où le ministère public avait demandé des ajournements pour qu'un agent enquêteur en particulier assiste au procès. Comme je l'ai dit dans cet arrêt, il n'y a rien de mal à ce que le ministère public cherche à obtenir de tels ajournements mais le ministère public ne peut se fonder sur ces délais pour expliquer un délai qui est par ailleurs déraisonnable.

d) Les limites des ressources institutionnelles

Le délai institutionnel est la source la plus commune de délai et la plus difficile à faire correspondre aux exigences de l'al. 11b) de la *Charte*. Dans l'affaire *Askov*, il s'agissait de la principale source du délai. Comme je l'ai dit, c'est la période qui

ready for trial but the system cannot accommodate them. In Utopia this form of delay would be given zero tolerance. There, resources would be unlimited and their application would be administratively perfect so that there would be no shortage of judges or courtrooms and essential court staff would always be available. Unfortunately, this is not the world in which s. 11(b) was either conceived or in which it operates. We live in a country with a rapidly growing population in many regions and in which resources are limited. In applying s. 11(b), account must be taken of this fact of life. As stated by Lamer J. (as he then was) in *Mills* (at p. 935), and approved in *Askov* (at p. 1225):

In an ideal world there would be no delays in bringing an accused to trial and there would be no difficulties in securing fully adequate funding, personnel and facilities for the administration of criminal justice. As we do not live in such a world, some allowance must be made for limited institutional resources.

How are we to reconcile the demand that trials are to be held within a reasonable time in the imperfect world of scarce resources? While account must be taken of the fact that the state does not have unlimited funds and other government programs compete for the available resources, this consideration cannot be used to render s. 11(b) meaningless. The Court cannot simply accede to the government's allocation of resources and tailor the period of permissible delay accordingly. The weight to be given to resource limitations must be assessed in light of the fact that the government has a constitutional obligation to commit sufficient resources to prevent unreasonable delay which distinguishes this obligation from many others that compete for funds with the administration of justice. There is a point in time at which the Court will no longer tolerate delay based on the plea of inadequate resources. This period of time may be referred to as an administrative guideline. I hasten to add that this guideline is neither a limitation period nor a fixed ceiling on

commence lorsque les parties sont prêtes pour le procès mais le système ne peut leur permettre de procéder. En Utopie, on ne tolérerait pas ce genre de délai: les ressources seraient illimitées et leur application serait parfaite du point de vue administratif de manière qu'il n'y aurait pas de pénurie de juges ou de salles d'audiences et le personnel essentiel de la cour serait toujours disponible. Malheureusement, ce n'est pas le monde dans lequel l'al. 11b) a été élaboré ou dans lequel il s'applique. Nous vivons dans un pays dont la population croît rapidement dans un grand nombre de régions et dans lequel les ressources sont limitées. Lorsqu'on applique l'al. 11b), il faut tenir compte de cette réalité de la vie. Comme l'a dit le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Mills* (à la p. 935), affirmation approuvée dans l'arrêt *Askov* (à la p. 1225):

Dans un monde idéal, le procès d'un prévenu serait tenu sans délai et il n'y aurait aucune difficulté à obtenir suffisamment de fonds, de personnel et de moyens pour les fins de l'administration de la justice criminelle. Mais comme nous ne vivons pas dans un tel monde, il faut bien faire la part des ressources institutionnelles limitées.

Comment pouvons-nous concilier la demande que des procès soient tenus dans un délai raisonnable dans un monde imparfait où les ressources sont rares? Bien qu'il faille tenir compte du fait que les fonds de l'État ne sont pas illimités et que d'autres programmes gouvernementaux sont en concurrence pour obtenir les ressources disponibles, on ne peut utiliser cet argument pour enlever toute signification à l'al. 11b). La Cour ne peut pas simplement accepter la répartition des ressources par le gouvernement et déterminer en conséquence la longueur du délai acceptable. Il faut évaluer l'importance qu'il convient d'accorder à la pénurie des ressources en tenant compte du fait que le gouvernement a l'obligation constitutionnelle d'attribuer des ressources suffisantes pour prévenir tout délai déraisonnable, qui est distincte d'un grand nombre d'autres obligations qui sont en concurrence avec l'administration de la justice pour obtenir des fonds. Après une certaine période, la cour ne peut plus tolérer de délai fondé sur l'argument des ressources inadéquates. Cette période peut être dési-

delay. Such a guideline was suggested in *Askov* and was treated by some courts as a limitation period. I propose therefore to examine in some detail the purpose of a guideline commencing with an examination of its role in *Askov*.

In *Askov* we were dealing with a period of delay of approximately two years subsequent to committal for trial. All of this delay was institutional or systemic delay. Applying the factors that had crystallized in *Smith, supra*, we concluded that the delay was clearly unreasonable. In his reasons, which in this respect were unanimous, Cory J. did go on to state, at p. 1240:

... a period of delay in a range of some six to eight months between committal and trial might be deemed to be the outside limit of what is reasonable.

With respect to institutional factors, he stated, at p. 1226:

The question must be answered in light of the particular facts of each case. There can be no certain standard of a fixed time which will be applicable in every region of the country.

The purpose of the suggested period was not therefore that it was to be treated as a limitation period and inflexible. The purpose in expressing a guideline is twofold. First, as I have already indicated, it is to recognize that there is a limit to the delay that can be tolerated on account of resource limitations. Second, it is to avoid each application pursuant to s. 11(b) being turned into a trial of the budgetary policy of the government as it relates to the administration of justice. The flavour of such a proceeding can be appreciated by a perusal of the voluminous record before the Court in this case.

A number of considerations enter into the adoption of a guideline and its application by trial courts. A guideline is not intended to be applied in a purely mechanical fashion. It must lend itself and yield to other factors. This premise enters into its formulation. The Court must acknowledge that a

gnée comme une ligne directrice administrative. Je m'empresse d'ajouter que cette ligne directrice n'est ni une période de prescription ni une durée maximale. On a proposé une telle ligne directrice dans l'arrêt *Askov* et certains tribunaux l'ont traitée comme une période de prescription. Par conséquent, je propose d'examiner en détail le but d'une ligne directrice en commençant par l'examen de son rôle dans l'arrêt *Askov*.

Dans cet arrêt nous traitons d'un délai d'environ deux ans à partir de l'envoi à procès. Ce délai était entièrement institutionnel ou systémique. Nous avons conclu, par l'application des facteurs qui se sont précisés dans *Smith*, précité, que le délai était nettement déraisonnable. Dans ces motifs qui, à cet égard étaient unanimes, le juge Cory a dit, à la p. 1240:

... une période d'attente de six à huit mois entre l'envoi à procès et le procès lui-même, pourrait être à la limite supérieure du raisonnable.

En ce qui a trait aux facteurs institutionnels, il a dit, à la p. 1226:

Il faut répondre en fonction des faits de chaque affaire. Il ne peut y avoir de norme fixe de temps qui serait valable pour toutes les régions du pays.

La période proposée n'avait pas pour but, par conséquent, d'être traitée comme un délai de prescription et un délai strict. Le but d'une ligne directrice est double. Premièrement, comme je l'ai déjà indiqué, il s'agit de reconnaître qu'il y a une limite au délai qui peut être toléré compte tenu de la pénurie des ressources. Deuxièmement, il s'agit d'éviter que chaque demande fondée sur l'al. 11(b) devienne un procès des politiques budgétaires du gouvernement relatives à l'administration de la justice. Une lecture attentive du dossier volumineux présenté à la Cour en l'espèce permet d'apprécier l'utilité d'une telle procédure.

L'adoption d'une ligne directrice et son application par les tribunaux de première instance prennent en compte un certain nombre de considérations. Une ligne directrice n'est pas destinée à être appliquée d'une manière purement mécanique. Elle doit se prêter à l'application d'autres facteurs

guideline is not the result of any precise legal or scientific formula. It is the result of the exercise of a judicial discretion based on experience and taking into account the evidence of the limitations on resources, the strain imposed on them, statistics from other comparable jurisdictions and the opinions of other courts and judges, as well as any expert opinion. With respect to the use of statistics, care must be taken that a comparison of jurisdictions is indeed a comparative analysis. For example, in *Askov* we were given statistics with respect to Montreal in an affidavit by Professor Baar. Subsequently, it was brought to our attention that this was a misleading comparison. Evidence was led in this appeal showing that the manner in which criminal charges are dealt with in Montreal and Brampton is sufficiently dissimilar so as to make statistics drawn from the two jurisdictions of limited comparative value. Comparison with other jurisdictions is therefore to be applied with caution and only as a rough guide. These then are the factors which enter into the formulation by an appellate court of a guideline with respect to administrative delay. I now turn to its application in the trial courts.

I have already stressed that a guideline is not to be treated as a fixed limitation period. It will yield to other factors. Rapidly changing conditions may place a sudden and temporary strain on resources. This was the situation in the District of Durham in which this case arose. Such changing conditions should not result in an amnesty for persons charged in that region. Rather this fact should be taken into account in applying the guideline. On the other hand, when the caseload has been constant over a substantial period of time the delay envisaged by the guideline may be regarded as excessive. In this appeal, the Court of Appeal purported to apply a transitional period to accommodate the situation in Durham. While a transitional period may have been appropriate immediately after the *Charter* came into effect, it is not appro-

et céder devant ceux-ci. Cette prémisse s'inscrit dans sa formulation. La Cour doit reconnaître qu'une ligne directrice ne résulte pas d'une formule juridique ou scientifique précise. Elle découle de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire fondé sur l'expérience et qui tient compte de la preuve concernant la pression imposée sur des ressources limitées, les statistiques provenant de juridictions comparables et l'avis des autres juges et tribunaux ainsi que celui d'experts. En ce qui a trait à l'utilisation des statistiques, il faut s'assurer qu'une comparaison entre les juridictions soit vraiment une analyse comparative. Par exemple, dans l'arrêt *Askov*, on nous a présenté des statistiques relativement à Montréal dans l'affidavit du professeur Baar. Par la suite, on a porté à notre attention qu'il s'agissait d'une comparaison trompeuse. En l'espèce, on a présenté des éléments de preuve qui démontrent que la manière de traiter les accusations criminelles à Montréal et à Brampton est suffisamment différente pour que les statistiques provenant des deux juridictions aient une valeur comparative limitée. Par conséquent, la comparaison entre les juridictions doit être appliquée avec prudence et uniquement à titre de guide sommaire. Voilà donc les facteurs qui entrent dans la formulation par une cour d'appel d'une ligne directrice relative au délai administratif. J'examinerai maintenant son application dans les tribunaux de première instance.

J'ai déjà souligné qu'une ligne directrice ne doit pas être traitée comme un délai de prescription déterminé. Elle cédera devant d'autres facteurs. Des conditions qui évoluent rapidement peuvent imposer sur les ressources une pression soudaine et temporaire. C'était la situation dans le district de Durham au moment où la présente espèce s'est présentée. Cette évolution ne devrait pas entraîner une amnistie pour les personnes accusées dans cette région. On devrait plutôt tenir compte de ce fait dans l'application de la ligne directrice. Par ailleurs, lorsque le nombre d'affaires à entendre a été constant pendant une longue période, le délai prévu par la ligne directrice peut être considéré comme excessif. En l'espèce, la Cour d'appel a voulu appliquer une période de transition pour tenir compte de la situation dans le district de

appropriate any longer. This Court so held in *Askov*. The use of a transitional period implies a fixed period during which unreasonable delay will be tolerated while the system adjusts to a new set of rules. It imposes a general moratorium on certain *Charter* rights. For this reason and quite apart from the statement in *Askov* that the transitional period had ended, I would not find it appropriate in this case. It appears to me undesirable to impose a moratorium on *Charter* rights every time a region of the country experiences unusual strain on its resources. It is preferable to simply treat this as one factor in the overall decision as to whether a particular delay is unreasonable.

The application of a guideline will also be influenced by the presence or absence of prejudice. If an accused is in custody or, while not in custody, subject to restrictive bail terms or conditions or otherwise experiences substantial prejudice, the period of acceptable institutional delay may be shortened to reflect the court's concern. On the other hand, in a case in which there is no prejudice or prejudice is slight, the guideline may be applied to reflect this fact.

In this case we are dealing with the Provincial Court. The suggested period of institutional delay ranges from 6 to 10 months. The respondent suggests that 8 to 10 months of purely systemic delay would not be unreasonable in the Provincial Court. It admits, however, that it is aiming at institutional delay of no more than 6 to 8 months in Provincial Court. Arbour J.A. in *Bennett, supra*, suggests "a delay of 8½ to 9 months in getting a case to trial in the Provincial Court, although not a model of brevity, is not outside the range of reasonableness" (p. 41).

In *Askov*, Cory J., after reviewing comparative statistics, suggested that a period in the range of 6

Durham. Bien qu'une période de transition ait pu convenir immédiatement après l'entrée en vigueur de la *Charte*, ce n'est désormais plus le cas. C'est ce que notre Cour a jugé dans l'arrêt *Askov*. L'utilisation d'une période de transition sous-entend une période déterminée durant laquelle un délai déraisonnable sera toléré pendant que le système s'ajuste à de nouvelles règles. Elle impose un moratoire général à certains droits que confère la *Charte*. Pour ce motif et indépendamment de la déclaration dans l'arrêt *Askov* selon laquelle la période de transition avait pris fin, je suis d'avis qu'une telle période de transition ne convient pas en l'espèce. Il ne me paraît pas souhaitable d'imposer un moratoire aux droits que confère la *Charte* chaque fois qu'une pression inhabituelle se manifeste à l'égard des ressources d'une région du pays. Il est préférable de traiter simplement cette situation comme un facteur qu'il faut prendre en compte dans la décision globale de savoir si un délai en particulier est déraisonnable.

L'application d'une ligne directrice sera également influencée par la présence ou l'absence de préjudice. Si l'accusé est sous garde ou, bien que n'étant pas sous garde, s'il est assujéti à des conditions de cautionnement restrictives ou s'il subit quelque autre préjudice important, la longueur du délai institutionnel acceptable peut être réduite afin de répondre à la préoccupation du tribunal. Par ailleurs, dans une affaire où il n'y a aucun préjudice ou si le préjudice n'est pas grave, la ligne directrice peut être appliquée en conséquence.

En l'espèce, nous traitons de la Cour provinciale. La période suggérée de délai institutionnel est de 6 à 10 mois. L'intimée dit qu'un délai purement systémique de 8 à 10 mois ne serait pas déraisonnable devant la Cour provinciale. Toutefois, elle admet qu'elle vise un délai institutionnel d'au plus 6 à 8 mois en Cour provinciale. Selon le juge Arbour dans l'arrêt *Bennett*, précité, [TRADUCTION] «Si un délai de 8 mois ½ à 9 mois pour qu'une affaire soit entendue en Cour provinciale, n'est pas un modèle de brièveté, n'est pas en dehors de ce qui est raisonnable» (à la p. 41).

Dans l'arrêt *Askov*, le juge Cory a proposé, après avoir examiné les statistiques comparatives,

to 8 months between committal and trial would not be unreasonable. Based on the foregoing, it is appropriate for this Court to suggest a period of institutional delay of between 8 and 10 months as a guide to Provincial Courts. With respect to institutional delay after committal for trial, I would not depart from the range of 6 to 8 months that was suggested in *Askov*. In such a case this institutional delay would be in addition to the delay prior to committal. This reflects the fact that after committal the system must cope with a different court with its special resource problems. It is therefore essential to take into account the inevitability of this additional institutional delay.

A longer period of institutional delay for Provincial Courts is justified on the basis that not only do these courts dispose of the vast majority of cases, but that on average it takes more time to dispose of cases by reason of the demands placed on these courts. Statistics for 1987 submitted by the respondent show a median delay in New Brunswick of 152 days for Provincial Court and 72 days for upper courts. Delay in London, Ontario was shown to be 239 days in Provincial Court and 105 in upper courts; Toronto, St. Catharines and Ottawa showed delays of 315 to 349 days in Provincial Court and 133 to 144 days in upper courts; median delays in Brampton were 607 days for Provincial Court and 423 for upper courts. Figures for Vancouver were similar to London and for New Westminster comparable to Toronto, St. Catharines and Ottawa.

These suggested time periods are intended for the guidance of trial courts generally. These periods will no doubt require adjustment by trial courts in the various regions of the country to take into account local conditions and they will need to be adjusted from time to time to reflect changing circumstances. The court of appeal in each province will play a supervisory role in seeking to achieve uniformity subject to the necessity of taking into

qu'une période de 6 à 8 mois entre l'envoi à procès et le procès ne serait pas déraisonnable. D'après ce qui précède, il convient que notre Cour propose un délai institutionnel de 8 à 10 mois à titre de guide pour la cour provinciale. Pour ce qui est du délai institutionnel après l'envoi à procès, je ne m'écarterai pas de la période de 6 à 8 mois proposée dans l'arrêt *Askov*. Dans un tel cas, ce délai institutionnel s'ajouterait au délai écoulé avant l'envoi à procès, car, après l'envoi à procès, le système doit tenir compte d'un tribunal différent ayant ses propres problèmes en matière de ressources. Il est, par conséquent, essentiel de tenir compte du caractère inévitable de ce délai institutionnel supplémentaire.

Un délai institutionnel plus long pour les cours provinciales est justifié parce que non seulement ces cours traitent la grande majorité des affaires, mais elles prennent en moyenne plus de temps pour le faire en raison de leur lourde charge de travail. Les statistiques pour l'année 1987 présentées par l'intimée indiquent un délai moyen au Nouveau-Brunswick de 152 jours pour la Cour provinciale et de 72 jours pour les tribunaux d'instance supérieure. On a indiqué que le délai à London (Ontario) était de 239 jours en Cour provinciale et de 105 jours pour les tribunaux d'instance supérieure; à Toronto, St. Catharines et Ottawa, les délais sont de 315 à 349 jours en Cour provinciale et de 133 à 144 jours pour les tribunaux d'instance supérieure; les délais moyens à Brampton étaient de 607 jours pour la Cour provinciale et de 423 jours pour les tribunaux d'instance supérieure. Les données pour Vancouver étaient semblables à London et, pour New Westminster, elles étaient comparables à Toronto, St. Catharines et Ottawa.

Ces délais proposés sont destinés à servir de guide pour les tribunaux de première instance d'une manière générale. Les tribunaux de première instance devront sans doute ajuster ces délais dans les diverses régions du pays pour tenir compte des conditions locales, et ils devront le faire à l'occasion pour s'adapter à des circonstances différentes. La cour d'appel dans chaque province jouera un rôle de surveillance pour viser à atteindre l'uniformité.

account the special conditions and problems of different regions in the province.

The application of these guidelines under the supervision of the court of appeal is subject to the review of this Court to ensure that the right to trial within a reasonable time is being respected. In this regard I wish to reiterate what this Court said in *Stensrud, supra*, at p. 1116:

The provincial courts of appeal are generally in a better position than this Court to assess the reasonableness of their province's institutional limitations and resources. Nevertheless, they must decide applications under s. 11(b) on the basis of correct principles.

(e) Other Reasons for Delay

There may be reasons for delay other than those mentioned above, each of which should be taken into consideration. As I have been at pains to emphasize, an investigation of unreasonable delay must take into account all reasons for the delay in an attempt to delineate what is truly reasonable for the case before the court. One such factor which does not fit particularly well into any other category of delay is that of actions by trial judges. An extreme example is provided by *Rahey, supra*. In that case it was the trial court judge who caused a substantial amount of the delay. Nineteen adjournments over the course of 11 months were instigated by the judge during the course of the trial. Such delay is not institutional in the strict sense. Nevertheless, such delay cannot be relied upon by the Crown to justify the period under consideration.

Other delays that have not been mentioned may weigh against the accused, but in most cases delays will weigh against the Crown for the same reason as was discussed in the above example.

mité sous réserve de la nécessité de prendre en compte les conditions et les problèmes spéciaux des différentes régions dans la province.

L'application de cette ligne directrice sous la surveillance de la cour d'appel est assujettie au contrôle de notre Cour afin de veiller à ce que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable soit respecté. À cet égard, je tiens à répéter ce que notre Cour a dit dans l'arrêt *Stensrud*, précité, à la p. 1116:

Les cours d'appel provinciales sont généralement mieux placées que notre Cour pour évaluer le caractère raisonnable des limites et des ressources institutionnelles de leur province. Néanmoins, elles doivent statuer sur les requêtes fondées sur l'al. 11b) en fonction de principes justes.

e) Les autres raisons du délai

Il peut y avoir d'autres raisons de délai que celles qui sont mentionnées précédemment et chacune d'entre elles doit être prise en considération. Comme je l'ai souligné de manière détaillée, l'examen d'un délai déraisonnable doit tenir compte de toutes les raisons du délai afin de tenter de délimiter ce qui est vraiment raisonnable relativement à l'affaire dont le tribunal est saisi. Un de ces facteurs qui ne s'inscrit pas particulièrement bien dans une autre catégorie de délai est celui qui vise les actes des juges de première instance. L'affaire *Rahey*, précitée, en présente un exemple extrême. Dans cette affaire, c'est le juge de première instance qui a été la cause d'une grande partie du délai. Le juge a ajourné le procès 19 fois en 11 mois. Un tel délai n'est pas institutionnel dans un sens strict. Toutefois, le ministère public ne peut s'appuyer sur un délai de ce genre pour justifier la période en cause.

D'autres délais qui n'ont pas été mentionnés peuvent être reprochés à l'accusé, mais dans la plupart des cas, les délais seront opposés au ministère public pour la raison qui a été mentionnée dans l'exemple précédent.

4. *Prejudice to the Accused*

Section 11(b) protects the individual from impairment of the right to liberty, security of the person, and the ability to make full answer and defence resulting from unreasonable delay in bringing criminal trials to a conclusion. We have decided in several judgments, including the unanimous judgment in *Smith, supra*, that the right protected by s. 11(b) is not restricted to those who demonstrate that they desire a speedy resolution of their case by asserting the right to a trial within a reasonable time. Implicit in this finding is that prejudice to the accused can be inferred from prolonged delay. In the American concept of this principle, expounded in *Barker v. Wingo*, the inference is that no prejudice has been suffered by the accused unless he or she asserts the right. While the observation of Dubin C.J.O. in *Bennett* that many, perhaps most, accused are not anxious to have an early trial may no doubt be accurate, s. 11(b) was designed to protect the individual, whose rights are not to be determined on the basis of the desires or practices of the majority. Accordingly, in an individual case, prejudice may be inferred from the length of the delay. The longer the delay the more likely that such an inference will be drawn. In circumstances in which prejudice is not inferred and is not otherwise proved, the basis for the enforcement of the individual right is seriously undermined.

This Court has made clear in previous decisions that it is the duty of the Crown to bring the accused to trial (see *Askov, supra*, at pp. 1225, 1227 and 1229). While it was not necessary for the accused to assert her right to be tried within a reasonable time, strong views have been expressed that in many cases an accused person is not interested in a speedy trial and that delay works to the advantage of the accused. This view is summed up by Doherty J. (as he then was) in a paper given to the National Criminal Law Program in July 1989 which was referred to with approval by Dubin

4. *Le préjudice subi par l'accusé*

L'alinéa 11b) protège le particulier contre une atteinte au droit à la liberté, à la sécurité de sa personne et à la possibilité de présenter une défense pleine et entière, qui résulterait d'un délai déraisonnable pour conclure les procès criminels. Nous avons décidé dans plusieurs arrêts, y compris l'arrêt unanime *Smith*, précité, que le droit que protège l'al. 11b) n'est pas limité à ceux qui démontrent qu'ils désirent un règlement rapide de leur affaire en faisant valoir le droit d'être jugés dans un délai raisonnable. Il ressort implicitement de cette conclusion qu'on peut déduire qu'un délai prolongé peut causer un préjudice à l'accusé. Selon la conception américaine de ce principe, énoncée dans l'arrêt *Barker c. Wingo*, on considère que l'accusé n'a subi aucun préjudice à moins qu'il ne fasse valoir le droit. Le juge en chef Dubin de l'Ontario avait sans doute raison quand il a dit dans l'arrêt *Bennett* qu'un grand nombre d'accusés, peut-être la plupart, ne tiennent pas à être jugés rapidement, mais l'al. 11b) vise à protéger le particulier, dont les droits n'ont pas à être déterminés en fonction des désirs ou des pratiques de la majorité. En conséquence, dans une affaire donnée, on peut déduire qu'il y a eu préjudice en raison de la longueur du délai. Plus le délai est long, plus il est vraisemblable qu'on pourra faire une telle déduction. Dans des circonstances où on ne déduit pas qu'il y a eu préjudice et où celui-ci n'est pas autrement prouvé, le fondement nécessaire à l'application du droit individuel est gravement ébranlé.

Notre Cour a statué clairement dans des arrêts antérieurs qu'il incombe au ministère public de citer l'accusé à procès (voir l'arrêt *Askov*, précité, aux pp. 1225, 1227 et 1229). Il n'est pas nécessaire que l'accusé fasse valoir son droit d'être jugé dans un délai raisonnable, mais on a déjà affirmé avec conviction que, dans beaucoup de cas, l'accusé n'est pas intéressé à être jugé rapidement et le délai joue en sa faveur. Cette opinion est résumée par le juge Doherty (maintenant à la Cour d'appel) dans une communication présentée à l'occasion de la Conférence nationale sur la justice criminelle en

C.J.O. in *Bennett* (at p. 52) and echoes what has been noted by numerous commentators:

An accused is often not interested in exercising the right bestowed on him by s. 11(b). His interest lies in having the right infringed by the prosecution so that he can escape a trial on the merits. This view may seem harsh but experience supports its validity.

As also noted by Cory J. in *Askov, supra*, "the s. 11(b) right is one which can often be transformed from a protective shield to an offensive weapon in the hands of the accused" (p. 1222). This right must be interpreted in a manner which recognizes the abuse which may be invoked by some accused. The purpose of s. 11(b) is to expedite trials and minimize prejudice and not to avoid trials on the merits. Action or non-action by the accused which is inconsistent with a desire for a timely trial is something that the court must consider. This position is consistent with decisions of this Court in regard to other *Charter* provisions. For example, this Court has held that an accused must be reasonably diligent in contacting counsel under *Charter* s. 10(b) (*R. v. Tremblay*, [1987] 2 S.C.R. 435; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 368). If this requirement is not enforced, the right to counsel could be used to frustrate police investigation and in certain cases prevent essential evidence from being obtained. Nonetheless, in taking into account inaction by the accused, the Court must be careful not to subvert the principle that there is no legal obligation on the accused to assert the right. Inaction may, however, be relevant in assessing the degree of prejudice, if any, that an accused has suffered as a result of delay.

Apart, however, from inferred prejudice, either party may rely on evidence to either show prejudice or dispel such a finding. For example, the accused may rely on evidence tending to show prejudice to his or her liberty interest as a result of pre-trial incarceration or restrictive bail conditions. Prejudice to the accused's security interest can be shown by evidence of the ongoing stress or damage to reputation as a result of overlong exposure

juillet 1989, qui a été mentionnée et approuvée par le juge Dubin dans l'arrêt *Bennett* (à la p. 52) et que de nombreux observateurs ont déjà souligné:

[TRADUCTION] L'accusé souhaite rarement faire valoir les droits que l'al. 11b) lui garantit. Il espère plutôt que le ministère public violera ses droits de sorte qu'il n'aura pas à subir de procès sur le fond. Cette opinion peut paraître cynique, mais l'expérience la confirme.

Comme le juge Cory l'a également fait remarquer dans l'arrêt *Askov*, précité, «le droit que confère l'al. 11b), conçu comme un bouclier, peut souvent se transformer en arme offensive entre les mains de l'accusé» (à la p. 1222). Ce droit doit être interprété de manière à reconnaître l'abus que certains accusés peuvent invoquer. L'alinéa 11b) a pour but d'accélérer les procès et de réduire les préjudices et non pas d'éviter qu'une personne subisse son procès sur le fond. Le tribunal doit tenir compte de l'action ou de l'inaction de l'accusé qui ne correspond pas à un désir d'être jugé rapidement. Cette position correspond aux arrêts de notre Cour relativement à d'autres dispositions de la *Charte*. Par exemple, notre Cour a jugé qu'un accusé doit faire preuve de diligence raisonnable lorsqu'il communique avec un avocat aux termes de l'al. 10b) de la *Charte* (*R. c. Tremblay*, [1987] 2 R.C.S. 435; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 368). Si cette exigence n'est pas respectée, le droit de communiquer avec un avocat peut être utilisé pour gêner l'enquête de la police et dans certains cas, empêcher l'obtention d'éléments de preuve essentiels. Néanmoins, en tenant compte de l'inaction de l'accusé, la Cour doit prendre soin de ne pas renverser le principe selon lequel il n'y a aucune obligation juridique de la part de l'accusé de faire valoir le droit. Toutefois, l'inaction peut être pertinente pour évaluer le degré du préjudice, le cas échéant, qu'un accusé a subi par suite du délai.

Toutefois, outre le fait de pouvoir déduire qu'il y a eu préjudice, chaque partie peut se fonder sur la preuve pour démontrer qu'il y a eu préjudice ou pour écarter une telle conclusion. Par exemple, l'accusé peut se fonder sur les éléments de preuve qui tendent à démontrer qu'il a subi un préjudice relativement à son droit à la liberté par suite d'un emprisonnement préalable au procès ou de conditions de cautionnement restrictives. Le préjudice

to “the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation”, to use the words adopted by Lamer J. in *Mills*, *supra*, at p. 919. The fact that the accused sought an early trial date will also be relevant. Evidence may also be adduced to show that delay has prejudiced the accused’s ability to make full answer and defence.

Conversely, the prosecution may establish by evidence that the accused is in the majority group who do not want an early trial and that the delay benefited rather than prejudiced the accused. Conduct of the accused falling short of waiver may be relied upon to negative prejudice. As discussed previously, the degree of prejudice or absence thereof is also an important factor in determining the length of institutional delay that will be tolerated. The application of any guideline will be influenced by this factor.

Application to this Case

1. *The Length of the Delay*

The accused was charged on January 9, 1988 and her trial was completed on March 28, 1989. The total period of time between charge and trial was therefore approximately 14½ months. For reasons which I will explain later in these reasons, the accused at no time waived her right to a trial within a reasonable time nor did she waive her right in regard to any particular time periods. The length of delay therefore totalled just over 14½ months.

A delay of 14½ months in bringing a case to trial can hardly be described as a model of dispatch. On the other hand 14½ months is a time period which may be excused in suitable circumstances. The length of the delay is sufficient to raise the issue of reasonableness and the inquiry

subi par l’accusé relativement au droit à sa sécurité peut être démontré par la preuve d’un stress permanent ou d’une atteinte à sa réputation par suite d’un assujettissement trop long «aux vexations et aux vicissitudes d’une accusation criminelle pendante», pour reprendre les termes adoptés par le juge Lamer dans l’arrêt *Mills*, précité, à la p. 919. Le fait que l’accusé a cherché à obtenir une date de procès rapprochée sera également pertinent. On peut également présenter des éléments de preuve pour démontrer que le délai a nui à la possibilité pour l’accusé de présenter une défense pleine et entière.

Inversement, la poursuite peut démontrer au moyen d’éléments de preuve que l’accusé fait partie de la majorité qui ne souhaite pas avoir un procès rapproché et que le délai lui a profité plutôt que de lui causer un préjudice. La conduite de l’accusé qui ne correspond pas à une renonciation peut servir à démontrer qu’il n’y a pas eu préjudice. Comme je l’ai mentionné précédemment, le degré du préjudice ou l’absence de celui-ci constitue également un facteur important pour déterminer la longueur du délai institutionnel qui sera toléré. Ce facteur influera sur l’application de toute ligne directrice.

Application à l’espèce

1. *La longueur du délai*

L’accusée a été inculpée le 9 janvier 1988 et son procès s’est terminé le 28 mars 1989. Le délai total entre l’accusation et le procès était par conséquent d’environ 14 mois ½. Pour des raisons que j’expliquerai plus loin dans les présents motifs, l’accusée n’a jamais renoncé à son droit d’être jugée dans un délai raisonnable et elle n’a pas non plus renoncé à son droit relativement à tout délai particulier. Par conséquent, la longueur du délai est tout juste supérieure à 14 mois ½.

Un délai de 14 mois ½ pour la tenue d’un procès peut difficilement être décrit comme un modèle de célérité. Par ailleurs, un tel délai peut être excusé dans des circonstances adéquates. La longueur du délai est suffisante pour soulever la question du caractère raisonnable et l’enquête doit porter sur la

must turn to the reason why it took 14½ months to bring Ms. Morin to trial.

2. Waiver of Time Periods

Waiver must be clear and unequivocal and with full knowledge of the right one is waiving. In the circumstances of this case, it cannot be said that the accused waived any of her rights at any time. She neither explicitly waived her rights nor can one infer from her actions an intent to waive her rights. I am in agreement with the lower courts which concluded that there was no waiver in this case.

3. The Reasons for the Delay

(a) Inherent Time Requirements

The accused was charged with what is commonly referred to as "over 80" and impaired. These charges resulted from a roadside stop followed by a breathalyzer test taken at the police station. Subject to certain paperwork, the preparation of the case for the prosecution was essentially complete by the time the accused was released from custody shortly after her breathalyzer test. This was therefore not a complicated case from the perspective of the prosecution. All prosecution witnesses were police officers and all relevant testing and investigation were completed on the day of the arrest of Ms. Morin.

Although the investigation by the Crown may have been completed on the day of arrest, the case for the defence was merely beginning. This is most easily exemplified by the fact that Ms. Morin could hardly have been expected to be ready for trial, for example, the next day. She required a certain amount of time to complete preliminary matters such as consulting and retaining counsel. Additionally, counsel would have needed some time to consider and prepare her case. Equally, certain time would have been required by the prosecution to finish the required paperwork and by the judicial administration to bring the case into the

raison pour laquelle il a fallu 14 mois ½ pour que M^{me} Morin subisse son procès.

2. La renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul

La renonciation doit être claire et non équivoque et faite en pleine connaissance du droit auquel on renonce. Dans les circonstances de l'espèce, on ne peut pas dire que l'accusée a renoncé en aucun temps à l'un de ses droits. Elle ne l'a pas fait de façon explicite et l'on ne peut déduire de ses actes une intention de le faire. Je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure qui ont conclu qu'il n'y avait pas renonciation en l'espèce.

3. Les raisons du délai

a) Les délais inhérents

L'accusée a été inculpée de l'infraction communément appelée alcoolémie de «plus de 80» et de conduite avec facultés affaiblies après avoir été arrêtée sur le bord de la route et après avoir subi un alcootest au poste de police. Sous réserve de certains documents, la préparation de l'affaire pour la poursuite était essentiellement terminée au moment où l'accusée a été libérée peu après avoir subi l'alcootest. Il ne s'agissait par conséquent pas d'une affaire compliquée du point de vue de la poursuite. Tous les témoins de la poursuite étaient des agents de police et tous les tests et enquêtes pertinents étaient terminés le jour de l'arrestation de M^{me} Morin.

L'enquête du ministère public était peut-être terminée le jour de l'arrestation, mais, du point de vue de la défense, l'affaire ne faisait simplement que commencer. Cette situation est facile à démontrer par le fait qu'on aurait difficilement pu s'attendre que M^{me} Morin soit prête à subir son procès, par exemple, le lendemain. Elle avait besoin d'un certain temps pour régler des questions préliminaires comme consulter un avocat et retenir ses services. De plus, l'avocat avait besoin d'un certain temps pour examiner et préparer ses arguments. De même, la poursuite avait besoin de temps pour terminer le travail administratif nécessaire et l'admi-

system. All of these activities take time and all legitimize some delay.

Ms. Morin was before the Court for her first appearance on February 23, 1988, six weeks after her arrest. At this time she had retained counsel and requested "the earliest date" for trial. By this date it appears that most of the preliminary matters of both the prosecution and the defence had been completed. As counsel for the defence did not indicate a readiness for trial but merely a request for the earliest trial date it is somewhat unclear whether the case for the defence was as yet ready for trial. It may be inferred however that both parties were ready for trial within a few weeks of the first appearance. Accordingly, the inherent time requirements for this case were about two months.

(b) Actions of the Accused

At her first court appearance, the accused requested the earliest date for trial. In response to her request, she was given a trial date of March 28, 1989, fully 13 months in the future. The accused enquired as to whether this was actually "the earliest date" available and the presiding judge indicated a simple "yes". Other than this court appearance there is no action on record taken by the accused from the point of her charge until her date of trial. The inaction on the part of the accused will be considered further in assessing prejudice.

(c) Actions of the Crown

The appellant admits that there is nothing in the record to suggest that the Crown was in any way dilatory in proceeding in this matter. In fact, the appellant concedes that the Crown was anxious to get the case to trial. As discussed later in these reasons, counsel for the Crown sent a "form" letter to all defence counsel in the Durham region suggesting that earlier dates might be available for accused who were anxious for trial. While it is alleged that this letter may have been sent too late to help Ms. Morin, it does show some positive

nistration judiciaire pour inscrire l'affaire dans le système. Toutes ces activités prennent du temps et toutes rendent légitime un certain délai.

M^{me} Morin a comparu pour la première fois le 23 février 1988, six semaines après son arrestation. À ce moment-là, elle avait retenu les services d'un avocat et avait demandé «la date la plus rapprochée» pour la tenue de son procès. À cette date, il semble que la plupart des questions préliminaires de la poursuite et de la défense étaient terminées. Étant donné que l'avocat de la défense n'a pas indiqué qu'il était prêt pour la tenue du procès mais simplement qu'il souhaitait la date la plus rapprochée, il n'est pas tout à fait clair si la défense était à ce moment-là déjà prête pour le procès. Toutefois, on peut en déduire que les deux parties étaient prêtes pour le procès quelques semaines après la première comparution. Par conséquent, le délai inhérent à la nature de cette affaire était d'environ deux mois.

b) Les actes de l'accusée

Lors de sa première comparution, l'accusée a demandé la date du procès la plus rapprochée. En réponse à sa demande, on a fixé la date du procès au 28 mars 1989, 13 mois plus tard. L'accusée a demandé s'il s'agissait réellement de «la date la plus rapprochée» disponible et le juge qui présidait a simplement répondu «oui». Outre cette comparution, le dossier ne révèle aucun acte de l'accusée depuis l'accusation jusqu'à la date du procès. L'inaction de la part de l'accusé sera examinée plus loin lors de l'évaluation du préjudice.

c) Les actes du ministère public

L'appelante admet que rien dans le dossier ne laisse voir que le ministère public a d'aucune façon retardé les procédures en l'espèce. En fait, l'appelante admet que le ministère public avait hâte que le procès ait lieu. Comme j'en parle plus loin dans les présents motifs, le substitut du procureur général a envoyé une lettre «circulaire» à tous les avocats de la défense dans la région de Durham leur laissant entendre que des dates plus rapprochées seraient peut-être disponibles pour les accusés qui avaient hâte de subir leur procès. Bien

action by the Crown to expedite trial. None of the delay is therefore attributable to the action of the Crown.

(d) Limits on Institutional Resources

Perhaps the single most important factor in this case is the limit on institutional resources. It appears that from some time in March 1988 until March 1989, the parties were prepared for trial but the judicial system could not accommodate them. It is somewhat unclear whether a date in early 1989 could have been made available as a result of the letter from the Crown's office but I am prepared to infer from the totality of the facts that an institutional delay of about 12 months was involved. This time period is the time from which the parties were ready for trial until the point at which the courts were able to accommodate this case.

In considering the reasonableness of this delay, the court must consider the facts surrounding this institutional delay. It must be remembered that this appeal arises from Ontario Provincial Court and arises from a region which has experienced significant growth in recent years.

I will deal first with the consideration which must be given to the fact that we are dealing with a Provincial Court. The Ontario Provincial Court disposes of approximately 95 per cent of criminal cases in Ontario. Evidence led by the Crown in this appeal shows that the caseload of this Provincial Court increased more than 125 per cent from 1985/86 to 1989/90. After several years in which the caseload was stable at 80,000 cases, the caseload of the Provincial Court in Ontario increased from 80,000 to 180,000 from 1985/86 to 1989/90. This rapid increase in caseload cannot, of course, always be predicted, nor can the government respond immediately to the inevitable strain on resources. While this Court has made it clear that there is no longer any general transitional period in which to allow the government to comply with its constitutional obligations to provide

qu'on soutienne que cette lettre ait pu avoir été envoyée trop tard pour aider M^{me} Morin, elle indique toutefois un acte positif de la part du ministère public pour accélérer le procès. Par conséquent, le délai n'est pas attribuable à un acte du ministère public.

d) Les limites des ressources institutionnelles

Le facteur le plus important en l'espèce est sans doute la limite des ressources institutionnelles. À un certain moment, entre mars 1988 et mars 1989, les parties étaient prêtes pour la tenue du procès mais le système judiciaire ne pouvait pas les satisfaire. On ne sait pas de façon précise si une date au début de 1989 aurait pu être disponible par suite de la lettre du bureau du ministère public mais je suis prêt à déduire de l'ensemble des faits qu'il y a eu un délai institutionnel d'environ 12 mois. Ce délai court du moment où les parties étaient prêtes à la tenue du procès jusqu'à celui où les tribunaux ont été en mesure d'entendre cette affaire.

Dans l'examen du caractère raisonnable du délai, la Cour doit tenir compte des faits qui ont entouré ce délai institutionnel. Il convient de se rappeler que le présent pourvoi provient de la Cour provinciale de l'Ontario et d'une région qui a connu une forte croissance ces dernières années.

Je traiterai d'abord de l'importance qu'il faut accorder au fait qu'il s'agit ici d'une cour provinciale. La Cour provinciale de l'Ontario traite environ 95 pour 100 des affaires criminelles en Ontario. La preuve présentée par le ministère public dans le présent pourvoi indique que la charge de travail de cette cour provinciale a augmenté de plus de 125 pour 100 de 1985-1986 à 1989-1990. Après s'être tenu pendant plusieurs années à 80 000, le nombre d'affaires entendues par la Cour provinciale en Ontario est passé à 180 000 de 1985-1986 à 1989-1990. On ne peut évidemment pas toujours prévoir cette hausse rapide dans le nombre de causes et le gouvernement ne peut pas répondre immédiatement à la pression inévitable imposée sur les ressources. Notre Cour a indiqué clairement qu'il n'existe désormais plus de période de transition générale pour permettre au

sufficient facilities, this does not remove the issue of changing local circumstances from consideration.

In the jurisdiction in which this case arose, the District of Durham, the increase in caseload from 1985/86 to 1990/91 was approximately 70 per cent in adult court and an astounding 143 per cent in youth court. This was only partially caused by a population increase of 40 per cent during the previous decade. Thus it is not surprising that the provision of institutional resources may have lagged somewhat behind the demand. Since some time in July 1990, however, it appears that the Durham Provincial Court has been able to dispose of cases at a more rapid rate than it has received new cases. While one cannot use institutional resources to nullify the right to be tried within a reasonable time, one also cannot use rapidly changing local conditions to compel a general amnesty. Based on the above factors, I would allow a period for systemic delay which is in the upper range of the guideline. In my view, a period in the order of 10 months would not be unreasonable. While I have suggested that a guideline of 8 to 10 months be used by courts to assess institutional delay in Provincial Courts, deviations of several months in either direction can be justified by the presence or absence of prejudice.

(e) Other Reasons for Delay

There do not appear to be any other reasons for delay in this case beyond those already considered in these reasons.

4. *Prejudice to the Accused*

The accused led no evidence of prejudice. The Court must still consider what, if any, prejudice is to be inferred from the delay. In this regard the Crown relies on the fact that several months prior to trial, counsel in the Durham region received a

gouvernement de respecter ses obligations constitutionnelles de fournir des installations suffisantes, mais il reste quand même la question des changements dans les circonstances locales.

Dans la juridiction d'où provient l'affaire, le district de Durham, l'augmentation de la charge de travail de 1985-1986 à 1990-1991 a été d'environ 70 pour 100 dans les tribunaux pour adultes, et d'un stupéfiant 143 pour 100 dans les tribunaux pour adolescents. Cette hausse n'est que partiellement attribuable à une augmentation de 40 pour 100 de la population au cours de la décennie précédente. Par conséquent, il n'est pas surprenant que la prestation des ressources institutionnelles ait accusé un retard relativement à la demande. Toutefois, depuis un certain moment en juillet 1990, la Cour provinciale de Durham serait en mesure de traiter les affaires à un rythme plus rapide qu'elle ne reçoit de nouvelles affaires. Tout comme on ne peut se fonder sur les ressources institutionnelles pour annuler le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, on ne peut non plus utiliser l'évolution rapide des conditions locales pour forcer une amnistie générale. Sur le fondement des facteurs mentionnés précédemment, je suis d'avis d'accorder à l'égard du délai systémique une période qui se situe dans la limite supérieure de la ligne directrice. À mon avis, une période de 10 mois ne serait pas déraisonnable. Bien que j'aie proposé qu'une ligne directrice de 8 à 10 mois soit utilisée par les tribunaux pour évaluer le délai institutionnel en cour provinciale, des différences de plusieurs mois en plus ou en moins peuvent être justifiées par la présence ou l'absence de préjudice.

e) Autres raisons du délai

Il ne paraît pas y avoir d'autres raisons pour le délai en l'espèce outre celles qui ont déjà été mentionnées dans les présents motifs.

i 4. *Le préjudice subi par l'accusée*

L'accusée n'a présenté aucune preuve de préjudice. La Cour doit quand même examiner si, le cas échéant, on peut déduire qu'il y a eu préjudice en raison du délai. À cet égard, le ministère public se fonde sur le fait que plusieurs mois avant le procès,

letter dated January 16, 1989 from the Crown Attorney's office which stated in part:

If you wish to move any of your cases up or feel that any client[s] are suffering prejudice as a result of delay please give Audrey or I a shout and we'll try to locate an earlier date. Thank you for your co-operation. [Emphasis added.]

It may be unrealistic to suggest that a trial set for approximately two months from the date of this letter could have been significantly moved up but we will never know what would have happened as the accused did not request any action. While the accused was not required to do anything to expedite her trial, her inaction can be taken into account in assessing prejudice. I conclude for this reason that the accused was content with the pace with which things were proceeding and that therefore there was little or no prejudice occasioned by the delay.

Disposition

Applying the guideline to which I have referred and taking into account the strain on institutional resources, the reasons of the Court of Appeal in regard thereto and the absence of any significant prejudice, I am of the opinion that the delay in this case was not unreasonable. I have come to this conclusion without the necessity of resorting to the burden of proof.

In view of the result at which I have arrived, it is unnecessary to consider the argument of the Attorney General of Canada that a stay is not the only remedy available for an infringement of the right protected by s. 11(b). The appellant's rights under s. 11(b) have not been violated and the appeal is dismissed.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J.—I concur in the reasons of Justice Sopinka and agree with the observations of Justice McLachlin underlining that in the final analysis

les avocats dans la région de Durham ont reçu du bureau du substitut du procureur général une lettre en date du 16 janvier 1989 qui disait notamment:

[TRADUCTION] Si vous désirez déplacer une de vos affaires ou si vous estimez que des clients subissent des préjudices par suite du délai, veuillez communiquer avec Audrey ou moi-même et nous tenterons de trouver une date plus rapprochée. Nous vous remercions pour votre collaboration. [Je souligne.]

Il n'est peut-être pas réaliste de dire que la date d'un procès qui avait été fixée à environ deux mois de la date de cette lettre aurait pu être sensiblement rapprochée, mais nous ne saurons jamais ce qui se serait produit car l'accusée ne s'est pas prévalu de cette mesure. Bien que l'accusée n'était pas obligée de prendre des mesures pour accélérer son procès, on peut tenir compte de son inaction pour évaluer le préjudice. Pour ce motif, je conclus que l'accusée était satisfaite du rythme auquel se déroulaient les événements et que, par conséquent, le délai n'a causé que peu de préjudice, sinon aucun.

Dispositif

Appliquant la ligne directrice que j'ai mentionnée et tenant compte de la pression sur les ressources institutionnelles, des motifs de la Cour d'appel à cet égard et de l'absence de tout préjudice grave, je suis d'avis que le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable. Je parviens à cette conclusion sans avoir besoin de recourir au fardeau de la preuve.

Compte tenu du résultat auquel je suis arrivé, il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument du procureur général du Canada selon lequel un arrêt des procédures n'est pas le seul recours disponible dans le cas d'une atteinte au droit que protège l'al. 11(b). Il n'y a pas eu violation des droits que l'al. 11(b) confère à l'appelante et le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—Je souscris aux motifs du juge Sopinka et je suis d'accord avec les observations du juge McLachlin selon lesquelles, en der-

the decision as to granting a stay must rest on a balancing of the prejudice suffered by the accused and the societal interest in bringing the accused to trial.

With respect to the determination of prejudice to the accused, the onus which rests upon the Crown may be met either by direct evidence or by inference, whether it be to establish the absence of prejudice or its extent or degree. By reason of the circumstances outlined by Sopinka J., particularly the conduct of the accused in relation to the proceedings and the fact that the delay only exceeded the guideline for institutional delay to a limited extent, I reach the conclusion that the prejudice to be inferred as suffered by the accused was minimal and is outweighed by the societal interest in bringing her to trial.

I would accordingly dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I have read the reasons of Justice Sopinka and agree that the appeal should be dismissed. I should like, however, to add certain observations on the nature of the right to trial within a reasonable time and the practical application of the factors relevant to determining a breach of this right.

It is easy, in considering the factors which can bear on that determination, to lose sight of the true issue at stake—the determination of where the line should be drawn between conflicting interests. On the one hand stands the interest of society in bringing those accused of crimes to trial, of calling them to account before the law for their conduct. It is an understatement to say that this is a fundamental and important interest. Even the earliest and most primitive of societies insisted that the law bring to justice those accused of crimes. When those charged with criminal conduct are not called to account before the law, the administration of justice suffers. Victims conclude that justice has not been done and the public feels apprehension that

nière analyse, la décision d'accorder un arrêt des procédures doit s'appuyer sur la pondération du préjudice subi par l'accusé et de l'intérêt de la société à ce que l'accusé soit traduit en justice.

Pour ce qui est de la détermination du préjudice subi par l'accusée, le ministère public peut s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe au moyen soit d'une preuve directe, soit d'une inférence, que ce soit pour établir l'absence de préjudice ou pour en déterminer l'étendue ou le degré. Compte tenu des circonstances soulignées par le juge Sopinka, particulièrement de la conduite de l'accusée à l'égard des procédures et du fait que le délai ne dépassait que légèrement la ligne directrice relative aux délais institutionnels, je conclus qu'il faut en déduire que le préjudice subi par l'accusée est minime et est contrebalancé par l'intérêt de la société à ce qu'elle soit jugée.

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

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai lu les motifs du juge Sopinka et je suis d'accord que le pourvoi doit être rejeté. Toutefois, j'aimerais ajouter certaines observations sur la nature du droit d'être jugé dans un délai raisonnable et sur l'application pratique des facteurs pertinents pour déterminer la violation de ce droit.

Il est facile, lorsqu'on examine les facteurs qui peuvent avoir des incidences sur cette détermination, de perdre de vue la véritable question en litige — savoir où se trouve la limite entre des intérêts opposés. D'une part, il y a l'intérêt de la société à traduire en justice les personnes accusées de crimes, afin qu'elles répondent de leur conduite devant la loi. Ce n'est pas trop de dire qu'il s'agit d'un intérêt fondamental et important. Même dans les premières sociétés les plus primitives la loi exigeait que les personnes accusées de crimes soient jugées. Lorsque les personnes accusées de crimes ne sont pas appelées à rendre compte de leurs actes devant la loi, l'administration de justice en subit un préjudice. Les victimes concluent que justice n'a

the law may not be adequately discharging the most fundamental of its tasks.

On the other side of the balance stands the right of a person charged with an offence to be tried within a reasonable time. When trials are delayed, justice may be denied. Witnesses forget, witnesses disappear. The quality of evidence may deteriorate. Accused persons may find their liberty and security limited much longer than necessary or justifiable. Such delays are of consequence not only to the accused, but may affect the public interest in the prompt and fair administration of justice.

The task of a judge in deciding whether proceedings against the accused should be stayed is to balance the societal interest in seeing that persons charged with offences are brought to trial against the accused's interest in prompt adjudication. In the final analysis the judge, before staying charges, must be satisfied that the interest of the accused and society in a prompt trial outweighs the interest of society in bringing the accused to trial.

The factors to be considered include the length of the delay, any waiver by the accused of the delay, the reasons for the delay and prejudice to the accused. But simply listing factors does not resolve the dilemma of a trial judge faced with an application for a stay on grounds of delay. What is important is how those factors interact and what weight is to be accorded to each. In this connection, we must remind ourselves that the best test will be relatively easy to apply; otherwise, stay applications themselves will contribute to the already heavy load on trial judges and compound the problem of delay.

In my opinion, the task of a trial judge considering an application for a stay of charges may usefully be regarded as falling into two segments. The first step is to determine whether a *prima facie* or threshold case for unreasonable delay has been made out. Here such matters as length of delay, waiver and the reasons for the delay fall to be con-

pas été rendue et le public craint que la loi ne s'acquitte pas adéquatement de sa tâche la plus fondamentale.

Sur l'autre plateau de la balance, il y a le droit d'un inculpé d'être jugé dans un délai raisonnable. Lorsque les procès sont retardés, il peut y avoir déni de justice. Des témoins oublient ou disparaissent. La qualité de la preuve peut se détériorer. La liberté et la sécurité des accusés peuvent être limitées beaucoup plus longtemps qu'il n'est nécessaire ou justifiable. Non seulement de tels délais ont des conséquences pour l'accusé, mais ils peuvent également avoir un effet sur l'intérêt du public dans l'administration rapide et équitable de la justice.

Lorsqu'il décide s'il y a lieu d'arrêter les procédures contre l'accusé, le juge doit soupeser l'intérêt de la société à voir les inculpés traduits en justice et celui de l'accusé à obtenir rapidement une décision. Finalement, avant de surseoir aux accusations, le juge doit être convaincu que l'intérêt de l'accusé et de la société dans la tenue rapide d'un procès est plus important que l'intérêt de la société à ce que l'accusé soit jugé.

Les facteurs à examiner comprennent la longueur du délai, la renonciation par l'accusé à invoquer le délai, les raisons du délai et le préjudice subi par l'accusé. Toutefois, la simple énumération de ces facteurs ne résout pas le dilemme du juge du procès qui est aux prises avec une demande d'arrêt des procédures fondée sur le délai. Ce qui compte est la manière dont les facteurs agissent entre eux et l'importance qu'il convient de leur accorder. À cet égard, il faut se rappeler que le meilleur critère sera relativement facile à appliquer; autrement, les demandes d'arrêt des procédures s'ajouteront aux nombreuses affaires dont les juges des procès sont déjà saisis et aggraveront le problème des délais.

À mon avis, le travail du juge du procès qui examine une demande de suspension des accusations peut, de manière utile, être considéré comme comportant deux volets. Le premier consiste à déterminer si on a présenté une preuve *prima facie* ou preuve préliminaire que le délai est déraisonnable. À cette étape, il faut examiner les facteurs relatifs à

sidered. If the delay is reasonable having regard to similar cases, the application will fail. If the accused has waived his or her right to an early trial date, the application will fail. If the reasons for the delay are in large part attributable to the accused, the *prima facie* case will not be made out and it is unnecessary to proceed further. Where waiver or accused-caused delay are not factors, the determination of whether a *prima facie* or threshold case has been made out may in many cases resolve itself by reference to "norms" representing the time reasonably taken to bring the offence charged to the point of trial in all the circumstances.

If this threshold or *prima facie* case is made out, the court must proceed to a closer consideration of the right of the accused to a trial within a reasonable time, and the question of whether it outweighs the conflicting interest of society in bringing a person charged with a criminal offence to trial. The question is whether, on the facts of the particular case, the interest of society in requiring the accused person to stand trial is outweighed by the injury to the accused's rights and detriment to the administration of justice which a trial at a later date would inflict. The interest of society in bringing those charged with criminal offences to trial is of constant importance. The interest of the accused, on the other hand (and the correlative negative impact of delay on the administration of justice) varies with the circumstances. It is usually measured by the fourth factor—prejudice to the accused's interests in security and a fair trial. It is the minimization of this prejudice which has been held to be the main purpose of the right under s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be tried within a reasonable time: *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1672.

An accused person may suffer little or no prejudice as a consequence of a delay beyond the expected and normal. Indeed, an accused may wel-

la longueur du délai, à la renonciation et aux raisons du délai. Si le délai est raisonnable compte tenu d'affaires semblables, on ne pourra faire droit à la demande. Si l'accusé a renoncé à son droit à une date de procès rapprochée, la demande sera rejetée. Si, dans une large mesure, l'accusé est responsable du délai, la preuve *prima facie* du délai excessif ne sera pas retenue et il ne sera pas nécessaire d'aller plus loin. Lorsque la renonciation ou le délai causé par l'accusé ne sont pas des facteurs applicables, la question de savoir si on a présenté une preuve *prima facie* ou preuve préliminaire peut dans un grand nombre de cas trouver sa réponse dans des «normes» qui représentent le temps qu'il faut normalement pour que l'infraction reprochée vienne à l'audience dans toutes les circonstances.

Si cette preuve préliminaire ou preuve *prima facie* est établie, le tribunal doit examiner d'une manière plus attentive le droit de l'accusé à être jugé dans un délai raisonnable et si ce droit l'emporte sur l'intérêt opposé de la société à ce que la personne accusée d'une infraction criminelle soit traduite en justice. Il s'agit de déterminer si, étant donné les faits de l'affaire, l'atteinte aux droits de l'accusé et l'inconvénient causé à l'administration de la justice qu'entraînerait le report de la date du procès l'emportent sur l'intérêt de la société à exiger que la personne accusée soit traduite en justice. L'intérêt de la société à ce que les personnes accusées d'infractions criminelles soient traduites en justice est d'une importance constante. Par ailleurs, l'intérêt de l'accusé (et l'effet négatif correspondant du délai sur l'administration de la justice) varie selon les circonstances. Il est habituellement mesuré au moyen du quatrième facteur — le préjudice causé aux intérêts de l'accusé en matière de sécurité et de procès équitable. On a jugé que le but principal du droit d'être jugé dans un délai raisonnable reconnu à l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* est la réduction de ce préjudice: *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1672.

Un accusé peut subir peu ou point de préjudice par suite d'un délai imprévu et anormal. En fait, un accusé peut se réjouir du délai. Par contre, un

come the delay. On the other hand, an accused person can suffer great prejudice because of the delay. Where the accused suffers little or no prejudice, it is clear that the consistently important interest of bringing those charged with criminal offences to trial outweighs the accused's and society's interest in obtaining a stay of proceedings on account of delay, because the consequences of the delay are not great. On the other hand, where the accused has suffered clear prejudice which cannot be otherwise remedied, the balance may tip in the accused's favour and justice may require a stay.

How is prejudice sufficient to outweigh the important public interest in bringing those charged with criminal offences to trial to be established? The matter is essentially a question of fact, dependent on the circumstances of the case. As Sopinka J. points out, the length of delay itself in many circumstances may not support the inference of sufficient prejudice to justify a stay of proceedings. It is well known that accused persons may seek to delay trial and to use the "protective shield" of s. 11(b) as an "offensive weapon", as Cory J. put it in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at p. 1222. Where no inference as to prejudice can be drawn from the length of the delay, or where the most reasonable inference is the other way, the accused may have to call evidence if he or she is to displace the strong public interest in bringing those charged with an offence to trial.

In the case at bar, the accused was able to meet the first hurdle of establishing a *prima facie* case. The delay was longer than it should have been, given the nature of the charge and the time reasonably required for processing it. But she failed to show that protection of her interest in a prompt trial or the ancillary public interest in prompt justice outweighed the public interest in bringing her, a person charged with a criminal offence, to trial. The record permits no inference that her interests in security or the right to a fair trial were adversely affected. In short, the delay appears to have been of little consequence. In the absence of other evidence to establish the need for a stay, the public

accusé peut subir un préjudice grave en raison du délai. Lorsque l'accusé subit peu ou point de préjudice, il est évident que l'intérêt toujours important à traduire en justice les personnes accusées d'infractions criminelles l'emporte sur l'intérêt de l'accusé et de la société à obtenir un arrêt des procédures en raison du délai, parce que les conséquences du délai ne sont pas graves. Cependant, lorsque l'accusé a clairement subi un préjudice auquel on ne peut autrement remédier, la balance peut pencher en faveur de l'accusé et la justice peut exiger un arrêt des procédures.

De quelle manière peut-on démontrer que le préjudice est suffisant pour l'emporter sur l'intérêt public important à traduire en justice ceux qui sont accusés d'infractions criminelles? Il s'agit essentiellement d'une question de fait, selon les circonstances de l'affaire. Comme le souligne le juge Sopinka, il est possible que la longueur du délai en soi dans de nombreuses circonstances ne puisse permettre de déduire que le préjudice est suffisant pour justifier un arrêt des procédures. Il est bien connu que des accusés peuvent chercher à retarder le procès et utiliser le «bouclier» de l'al. 11b) comme une «arme offensive», comme l'a dit le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, à la p. 1222. Lorsque la longueur du délai ne permet pas de déduire qu'il y a eu préjudice, ou lorsque la déduction la plus raisonnable est l'inverse, l'accusé peut devoir présenter des éléments de preuve pour écarter le solide intérêt public à traduire en justice les accusés.

En l'espèce, l'accusée a été en mesure de franchir le premier obstacle et d'établir une preuve *prima facie*. Le délai était plus long qu'il aurait dû l'être, compte tenu de la nature de l'accusation et du temps normalement requis pour juger l'affaire. Toutefois, elle n'a pas démontré que la protection de ses intérêts dans la tenue rapide du procès ou de l'intérêt public correspondant dans l'administration rapide de la justice l'a emporté sur l'intérêt public à la traduire en justice à titre de personne accusée d'une infraction criminelle. Le dossier ne permet pas de déduire qu'il y a eu un effet défavorable sur ses intérêts en matière de sécurité ou sur son droit à un procès équitable. Bref, le délai ne

interest in proceeding to trial was bound to prevail. The trial judge was right to dismiss her application for a stay of proceedings.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LAMER C.J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Risen, Espey, Oshawa.

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

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

paraît pas avoir eu de graves conséquences. En l'absence d'autres éléments de preuve démontrant la nécessité d'un arrêt des procédures, l'intérêt public dans la tenue d'un procès devait prévaloir.

^a Le juge du procès a eu raison de rejeter sa demande d'arrêt des procédures.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^b *Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER est dissident.*

^c *Procureurs de l'appelante: Risen, Espey, Oshawa.*

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

^d *Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.*

Deepak Kumar Sharma *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SHARMA

File No.: 21989.

1991: October 1; 1992: March 26.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 13 months between accused's arrest and trial — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

On February 17, 1988, the accused was charged with impaired driving causing bodily harm, operating a motor vehicle while having a blood alcohol level which exceeded the legal limit and obstructing a peace officer. A car he had allegedly been driving went through a red light and struck another vehicle, seriously injuring the driver. The accused told the police that he had merely been a passenger in the vehicle involved in the accident, but witnesses identified him as the driver. A bail hearing was held the following day and the accused was released on a recognizance and on condition that he not operate a motor vehicle until the charges had been dealt with. On February 25, when he appeared in court to set a trial date, the accused requested a one-month adjournment, having applied for legal aid only the previous day. On March 24 the accused appeared in court with a letter from counsel indicating acceptable trial dates, the earliest of which was March 7, 1989. Counsel had apparently consulted with court staff and been advised that trial dates were being set for March of 1989. The accused's trial was set for March 8, 1989. On that date, prior to entering a plea, the accused applied for a stay of proceedings on the ground that his right to be tried within a reasonable time as guaranteed by s. 11(b) of the

Deepak Kumar Sharma *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. SHARMA

^c N° du greffe: 21989.

1991: 1^{er} octobre; 1992: 26 mars.

^d Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de 13 mois entre l'arrestation de l'accusé et son procès — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Le 17 février 1988, l'accusé a été accusé de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite prescrite par la loi, et d'entraver à un agent de la paix. Une automobile présumément conduite par l'accusé a brûlé un feu rouge et a heurté un autre véhicule, dont la conductrice a subi des blessures graves. L'accusé a dit aux policiers qu'il était seulement un passager du véhicule, mais des témoins oculaires l'ont identifié comme en étant le conducteur. Une enquête sur cautionnement a été tenue le lendemain et l'accusé a été libéré après avoir souscrit un engagement et à la condition de ne pas conduire un véhicule à moteur jusqu'à ce qu'on ait statué sur les accusations. Le 25 février, il a comparu devant le tribunal afin qu'une date de procès soit fixée et il a sollicité un ajournement d'un mois, sa demande d'aide juridique datant de la veille seulement. Le 24 mars, l'accusé a comparu devant le tribunal, muni d'une lettre de son avocat indiquant des dates de procès acceptables, la plus rapprochée étant le 7 mars 1989. L'avocat avait apparemment consulté le personnel de la cour qui l'avait avisé que des dates de procès étaient fixées pour le mois de mars 1989. Le procès a été fixé au 8 mars 1989. À cette date,

Canadian Charter of Rights and Freedoms had been infringed. As the Crown was taken by surprise and the accused had not provided transcripts, an adjournment of what became two weeks was granted. On March 22, 1989 the Provincial Court judge stayed each of the charges. The Court of Appeal set aside the stays and ordered that the matter proceed to trial on an expedited basis.

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

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ.: This appeal was heard together with *R. v. Morin* and the principles and approach enunciated in that case apply to this appeal. The general approach to s. 11(b) is to balance the interests to be protected by the section against the factors that lead to delay. The total length of the delay in this case was just over 13 months. Within this period of delay the accused waived a two-week period following his scheduled trial date when he acceded to an adjournment caused by his lack of notice and preparation in regard to the delay motion. He did not waive the time period from March 24, 1988 to March 8, 1989 when he set his trial date as at that time the accused was not aware of the right he was allegedly releasing, nor would he have been willing to do so if he had been aware. Given the complexity of the case, the inherent time requirements for preparation were approximately three months.

There is substantial conflict over whether the dates provided in a letter by counsel for the accused were in fact the earliest dates the court was available for trial. While the evidence as to the availability of earlier court dates is insufficient to establish waiver, a date so far in the future may not have been inevitable. If the accused was anxious to proceed, one would have expected something more in the form of protest or inquiry about other dates.

The lower range of the eight to ten month guideline for institutional delay in Provincial Court set in *Morin* should be applied in this case. The region in question has experienced delays for a long period of time and has had some opportunity to correct the situation. The period of approximately nine months from the time the parties were ready for trial until the trial date was institutional delay. The accused suffered some prejudice by

avant d'inscrire un plaidoyer, l'appelant a sollicité un arrêt des procédures pour violation de son droit d'être jugé dans un délai raisonnable garanti par l'art. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme le ministère public avait été pris au dépourvu et que l'accusé n'avait pas fourni de transcriptions, un ajournement qui devint de deux semaines a été accordé. Le 22 mars 1989, le juge de la Cour provinciale a ordonné la suspension de toutes les accusations. La Cour d'appel a annulé les suspensions et a ordonné l'instruction sans délai de l'affaire.

Arrêt (le juge en chef Lamer est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Stevenson et Iacobucci: Le pourvoi a été entendu en même temps que *R. c. Morin*, et les principes et la méthode qui y sont énoncés s'appliquent en l'espèce. Pour ce qui est de l'al. 11b), la méthode générale consiste à soupeser les intérêts qu'il vise à protéger en fonction des facteurs qui causent un délai. En l'espèce, le délai total était d'un peu plus de 13 mois. Sur cette période, l'accusé a renoncé à invoquer la période de deux semaines qui suivait la date fixée pour son procès quand il a consenti à un ajournement causé par son défaut d'aviser et de se préparer à l'égard de la requête concernant le délai. Il n'a pas renoncé à se prévaloir du délai écoulé entre le 24 mars 1988 et le 8 mars 1989 quand il a fixé la date de son procès, car l'accusé n'était pas conscient à cette époque du droit auquel on dit qu'il aurait renoncé ou n'aurait pas été disposé à le faire s'il en avait été conscient. Vu la complexité de l'affaire, le délai inhérent était d'environ trois mois.

Il existe un désaccord important sur la question de savoir si les dates fournies dans une lettre par l'avocat de l'accusé étaient effectivement les dates les plus rapprochées qui seraient disponibles pour un procès. Même si la preuve de la disponibilité de dates antérieures est insuffisante pour établir la renonciation, une date aussi lointaine peut ne pas être inévitable. Si l'accusé souhaitait procéder rapidement, on aurait pu s'attendre à ce qu'il fasse quelque chose de plus et qu'il proteste ou s'informe des autres dates disponibles.

La partie inférieure de la ligne directrice applicable au délai institutionnel, fixée dans l'arrêt *Morin* entre huit et dix mois pour une cour provinciale, devrait être appliquée en l'espèce. La région en question connaît des délais depuis longtemps et a eu une certaine possibilité de corriger la situation. Le délai de neuf mois environ entre le moment où les parties étaient prêtes pour le procès et la date du procès était un délai institutionnel.

reason of his bail conditions, but it was minimal. If the accused was being seriously prejudiced by the delay, he would either have pressed to have his case tried or made some effort to vary the bail conditions. As well, given the circumstances of this case, no more than nominal prejudice should be inferred from the mere passage of time.

On the basis of these factors, particularly the actions of the accused, the paucity of prejudice and the guideline concerning institutional delay, and in view of the interests designed to be protected by this provision, particularly the relative seriousness of the charge, the delay in this case was not unreasonable and the rights of the accused under s. 11(b) have not been violated.

Per McLachlin J.: A *prima facie* case for excessive delay is made out here, but the societal interest in bringing this accused to trial outweighs such prejudice as he has suffered.

Per Lamer C.J. (dissenting): Actual prejudice has been established here. The accused's liberty interest was clearly prejudiced by the complete prohibition on driving imposed on him for the entire 13-month period between the charge being laid and the matter being brought to trial. The fact the bail conditions were justified does not mean they were not prejudicial, and there is no onus on an accused to try to minimize the prejudice by attempting to have the conditions removed. The accused suffered prejudice beyond the length of time that can be legitimately supported on the basis of limited institutional resources.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, aff'g (1990), 76 C.R. (3d) 37; **referred to:** *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, rev'g (1987), 60 C.R. (3d) 277; *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120; *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763.

By McLachlin J.

Applied: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Morin, [1992] 1 S.C.R. 771.

L'accusé a subi un certain préjudice en raison des conditions de sa mise en liberté sous caution, mais ce préjudice était minime. Si le délai avait causé un préjudice grave à l'accusé, il aurait soit insisté pour être jugé, soit tenté jusqu'à un certain point de modifier les conditions de sa mise en liberté sous caution. De même, vu les circonstances de l'espèce, le préjudice causé par le simple écoulement du temps est tout au plus infime.

Compte tenu de tous ces facteurs, notamment les actes de l'accusé, l'insignifiance du préjudice et la ligne directrice concernant le délai institutionnel, et compte tenu des intérêts destinés à être protégés et, particulièrement, de la gravité relative de l'accusation, le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable et il n'y a pas eu de violation des droits garantis à l'accusé par l'al. 11b).

Le juge McLachlin: Il y a preuve *prima facie* de l'existence d'un délai excessif mais l'intérêt qu'a la société à faire traduire l'accusé en justice l'emporte sur le préjudice qu'il a subi.

Le juge en chef Lamer (dissident): On a prouvé en l'espèce l'existence d'un préjudice réel. L'interdiction absolue de conduire un véhicule à moteur pendant toute la période de 13 mois comprise entre le dépôt de l'accusation et l'instruction de l'affaire a porté atteinte au droit à la liberté de l'accusé. Le fait que les conditions du cautionnement étaient justifiées ne signifie pas qu'elles n'étaient pas préjudiciables et il n'incombe pas à l'accusé de tenter de réduire le préjudice en essayant de faire retirer les conditions imposées. L'accusé a subi un préjudice pendant un délai excédant celui qui est légitimement justifiable en raison de ressources institutionnelles limitées.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, conf. (1990), 76 C.R. (3d) 37; **arrêts mentionnés:** *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, inf. (1987), 60 C.R. (3d) 277; *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120; *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

j Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Morin, [1992] 1 R.C.S. 771.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 118(a), 237(b), 239(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 129(a), 253(b), 255(2).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal setting aside a stay of proceedings ordered by White Prov. Ct. J. Appeal dismissed, Lamer C.J. dissenting.

Irwin Koziembrocki and David E. Buckman, for the appellant.

Murray D. Segal and Kenneth L. Campbell, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., and *R. J. Frater*, for the interveners.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. (dissenting)—I have read the reasons of my colleagues, Justices Sopinka and McLachlin. With respect, I cannot agree with their disposition of this case. I would allow the appeal and restore the stay entered by White Prov. Ct. J.

While I took the position in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, that the onus lay on the Crown to demonstrate that the delay caused no prejudice to the accused, I am now bound by the reasons of the majority which shifted that onus onto the accused. Here, however, even placing the onus on the accused, it is clear that actual prejudice has been established. The appellant's liberty interest was clearly prejudiced by the bail conditions to which he was subject for the entire 13-month period between the charge being laid and the matter being brought to trial. Those bail conditions included a complete prohibition on driving, a prohibition which would have been imposed as part of his sentence had he been found guilty following a prompt trial. Essentially, the appellant had already

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 118a), 237b), 239(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 129a), 253b), 255(2).

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario qui a annulé l'arrêt des procédures ordonné par le juge White de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer est dissident.

Irwin Koziembrocki et David E. Buckman, pour l'appelant.

Murray D. Segal et Kenneth L. Campbell, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., et *R. J. Frater*, pour l'intervenant.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident)—J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Sopinka et McLachlin. En toute déférence, je ne puis souscrire à leur façon de statuer sur cette affaire. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures inscrit par le juge White de la Cour provinciale.

Bien que, dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, j'aie estimé qu'il incombe au ministre public de démontrer que le délai n'a causé aucun préjudice à l'accusé, je suis maintenant lié par l'opinion majoritaire qui a rejeté ce fardeau sur les épaules de l'accusé. Ici, toutefois, même en faisant assumer ce fardeau par l'accusé, il est clair qu'on a prouvé l'existence d'un préjudice réel. Il est évident que les conditions de mise en liberté sous caution auxquelles l'appelant a été soumis pendant toute la période de 13 mois comprise entre le dépôt de l'accusation et l'instruction de l'affaire ont porté atteinte au droit à la liberté de l'appelant. Ces conditions de mise en liberté sous caution comprenaient une interdiction absolue de conduire un véhicule à moteur, qui aurait fait partie intégrante de sa sentence s'il avait été reconnu coupable à la suite d'un procès tenu promptement.

begun serving his sentence, a state of affairs which calls for haste in bringing a matter to trial.

In his reasons, Sopinka J. notes that the appellant agreed to that bail condition when it was originally imposed. I put no weight on this factor. First, it cannot be said that an individual exercises any real choice in agreeing to a bail condition when the only alternative is to be refused bail. Second, giving this factor some weight would be tantamount to suggesting that prejudice can be discounted if it is waived by the accused. This Court has never taken that position.

In any event, only one week after the prohibition was imposed, the appellant inquired about having it lifted, indicating that his job was at stake. This is no small concern given that he is apparently the sole income-earner for a family including himself, his wife and two children. Sopinka J. minimizes the appellant's objection on two grounds. First, he notes that the driving prohibition was clearly justified by the accused's record. Second, he notes that, although the court provided the appellant with some information as to where he might inquire further about his bail conditions, the appellant did not attempt to have them removed through those avenues.

With respect, I cannot agree that either of these factors can be used to minimize the prejudice suffered by the appellant. As to the fact that the prohibition was justified, one would hope that the bail conditions imposed are always justified. The fact that they were justified does not mean that they were not prejudicial in the context of an 11(b) claim. No one would suggest that a justified refusal to grant bail provides a basis for discounting the prejudice that stems from a lengthy stay in custody pending trial. As for the second factor, it

Essentiellement, du fait que l'appelant avait déjà commencé à purger sa peine, on se devait de procéder sans délai à l'instruction de l'affaire.

Dans ses motifs de jugement, le juge Sopinka fait observer que l'appelant a accepté cette condition de sa mise en liberté sous caution lorsqu'elle a été imposée au départ. Je n'accorde aucune importance à ce facteur. Premièrement, on ne saurait dire qu'une personne a vraiment le choix d'accepter une condition de mise en liberté sous caution, lorsque, à défaut d'y souscrire, elle risque tout simplement de se voir refuser cette mise en liberté sous caution. Deuxièmement, accorder de l'importance à ce facteur reviendrait à laisser entendre qu'il est possible d'ignorer un préjudice si l'accusé renonce à l'invoquer. Notre Cour n'a jamais adopté cette position.

En tout état de cause, seulement une semaine après s'être vu imposer cette interdiction, l'appelant s'est informé de la possibilité de la faire lever, indiquant qu'il y allait de son emploi. Il y avait là de quoi s'inquiéter puisque son salaire constitue apparemment la seule source de revenu d'une famille composée de lui-même, de son épouse et de leurs deux enfants. Le juge Sopinka minimise l'importance de l'opposition de l'appelant pour deux motifs. D'abord, il souligne que les antécédents de l'accusé justifiaient nettement l'interdiction de conduire qui lui avait été faite. Ensuite, il fait observer que, même si le tribunal a informé jusqu'à un certain point l'appelant de l'endroit où il pourrait obtenir de plus amples renseignements au sujet des conditions de sa mise en liberté sous caution, celui-ci n'a pas tenté de se servir de cela pour les faire supprimer.

En toute déférence, je ne saurais accepter qu'on puisse se servir de l'un ou l'autre de ces facteurs pour minimiser le préjudice subi par l'appelant. Quant au fait que l'interdiction était justifiée, il est à espérer que les conditions d'une mise en liberté sous caution soient toujours justifiées. Le fait qu'elles étaient justifiées ne signifie pas qu'elles n'étaient pas préjudiciables dans le contexte d'une action fondée sur l'al. 11(b). Personne ne laisserait entendre qu'un refus justifié d'accorder la mise en liberté sous caution permet d'ignorer le préjudice

goes further than shifting the onus to establish prejudice onto the accused. The implication is that not only must the accused establish prejudice, he or she must also indicate that he or she made an attempt to minimize that prejudice, essentially placing an onus on the accused to "mitigate". I cannot accept this implication.

In the result I would allow the appeal and restore the stay entered in Provincial Court, on the ground that the appellant suffered prejudice beyond the length of time that can be legitimately supported on the basis of limited institutional resources.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises the same issue as that raised in the companion case of *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, which is being released concurrently with these reasons. The issue is whether the accused has been tried within a reasonable time as is constitutionally required by s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The general approach to the issue of unreasonable delay has been discussed in *Morin* and I do not propose to repeat that analysis. This decision will simply apply the approach discussed in *Morin* to the facts of this appeal.

The Facts

On February 17, 1988 a car allegedly driven by the appellant went through a red traffic light and struck another vehicle. The driver of the other vehicle suffered serious injury to her neck and back and required immediate hospitalization. The injuries suffered by the victim will allegedly continue to trouble her for the foreseeable future. Upon arriving at the scene of the accident, the police observed that Mr. Sharma had all of the physical symptoms of intoxication. Mr. Sharma indicated at this time that he was not the driver of

qui découle d'une longue mise en détention dans l'attente de subir un procès. Quant au second facteur, il fait plus que rejeter sur les épaules de l'accusé le fardeau de prouver l'existence d'un préjudice. Il implique qu'en plus d'avoir à prouver l'existence d'un préjudice, l'accusé doit également indiquer qu'il a tenté de le réduire au minimum, ce qui a essentiellement pour effet de lui imposer l'obligation de limiter le préjudice subi. Je ne puis accepter cela.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures inscrit en Cour provinciale, pour le motif que l'appelant a subi un préjudice pendant un délai excédant celui qui est légitimement justifiable en raison de ressources institutionnelles limitées.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Stevenson et Iacobucci rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi soulève la même question que celle soulevée dans le pourvoi connexe *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, dont les motifs sont rendus simultanément. Il s'agit de déterminer si l'accusé a été jugé dans un délai raisonnable, comme le requiert l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La façon générale d'aborder la question du délai déraisonnable a été analysée dans l'arrêt *Morin* et je n'entends pas reprendre cette analyse. Dans les présents motifs, je ne ferai qu'appliquer la méthode analysée dans l'arrêt *Morin* aux faits de l'espèce.

Les faits

Le 17 février 1988, une automobile présumément conduite par l'appelant a brûlé un feu rouge avant d'aller heurter un autre véhicule. La conductrice de cet autre véhicule a subi des blessures graves au cou et au dos, et a dû être hospitalisée immédiatement. On prétend que les blessures infligées à la victime continueront de la gêner dans un avenir prévisible. À son arrivée sur les lieux de l'accident, la police a constaté que M. Sharma présentait tous les symptômes physiques d'une personne en état d'ébriété. Ce dernier a alors indiqué

the vehicle involved in the accident, but was merely a passenger. Witnesses at the scene of the accident, however, allegedly identified Mr. Sharma as the driver of the vehicle. Mr. Sharma was subsequently charged with impaired driving causing bodily harm, contrary to s. 239(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 255(2)) and operating a motor vehicle while having a blood alcohol content which exceeded the legal limit, contrary to s. 237(b) (now s. 253(b)) of the *Code*. Mr. Sharma was also charged with obstructing a peace officer, contrary to s. 118(a) (now 129(a)) of the *Code*, as a result of his attempt to falsify his involvement in the traffic accident in order to avoid arrest.

Mr. Sharma was incarcerated overnight and was brought forward for a bail hearing the day after his arrest. As a result of a substantial and varied record, the Crown objected to release and a bail hearing was held. Mr. Sharma was eventually released on a recognizance of \$1,500, with sureties, and under the condition that he not operate a motor vehicle until the charges at issue in this appeal had been dealt with. At his bail hearing Mr. Sharma indicated that he would abide by any order to refrain from driving, actually indicating that such a situation "would be better for my wife" (C.O.A. at p. 34).

On February 25, 1988, the appellant appeared in court to set a date for trial. He requested a one-month adjournment upon instruction from counsel, having applied for legal aid only the previous day. Mr. Sharma attempted to inquire about getting his driving privileges reinstated but the presiding justice told him to speak with duty counsel if he had questions about his bail conditions.

On March 24, 1988, Mr. Sharma appeared in court with a letter from counsel indicating acceptable trial dates, the earliest of which was March 7, 1989. These dates were allegedly chosen after

qu'il n'était pas le conducteur du véhicule impliqué dans l'accident, mais seulement un passager. Toutefois, des témoins oculaires auraient identifié M. Sharma comme étant le conducteur du véhicule. Celui-ci a subséquemment été accusé de conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles, contrairement au par. 239(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 255(2)) et d'avoir conduit un véhicule à moteur alors que son alcoolémie dépassait la limite prescrite par la loi, contrairement à l'al. 237b) (maintenant l'al. 253b)) du *Code*. Monsieur Sharma a également été accusé d'entrave à un agent de la paix, contrairement à l'al. 118a) (maintenant l'al. 129a)) du *Code*, pour avoir tenté de dénaturer sa participation dans l'accident de circulation afin d'éviter d'être arrêté.

Monsieur Sharma a passé la nuit en prison pour ensuite comparaître le lendemain à une enquête sur cautionnement. En raison du dossier chargé et varié de l'accusé, le ministère public s'est opposé à sa mise en liberté et une enquête sur cautionnement a été tenue. Monsieur Sharma a finalement été libéré après avoir souscrit un engagement de 1 500 \$ avec caution et à la condition de ne pas conduire un véhicule à moteur jusqu'à ce qu'on ait statué sur les accusations en cause en l'espèce. Lors de l'enquête sur cautionnement, M. Sharma a indiqué qu'il respecterait toute ordonnance lui interdisant de conduire, allant même jusqu'à dire que cela [TRADUCTION] «serait mieux pour mon épouse» (dossier conjoint, à la p. 34).

Le 25 février 1988, l'appelant a comparu devant le tribunal afin de fixer une date de procès. Sur les conseils de son avocat, il a sollicité un ajournement d'un mois, sa demande d'aide juridique datant de la veille seulement. Monsieur Sharma a cherché à se renseigner sur la possibilité de ravoir son permis de conduire, mais le juge qui présidait lui a dit de consulter l'avocat de garde s'il avait des questions sur les conditions de sa mise en liberté sous caution.

Le 24 mars 1988, M. Sharma a comparu devant le tribunal, muni d'une lettre de son avocat indiquant des dates de procès acceptables, la plus rapprochée étant le 7 mars 1989. Ces dates auraient

counsel had consulted with court staff and had been advised that trial dates were being set for March of 1989. Mr. Sharma elected trial by Provincial Court judge and the trial was set for March 8, 1989.

On March 8, 1989, prior to entering a plea, the appellant applied for a stay of proceedings on grounds of unreasonable delay. As the Crown had not been made aware of the delay motion until just prior to the motion and as no transcripts were provided by the accused in regard to his earlier court appearances, after brief introductory submissions argument on the motion was adjourned until March 15, 1989. The matter was put over another week when White Prov. Ct. J., who had heard the original submissions on the motion, was not presiding on March 15. The submissions on the motion were completed on March 22, 1989 at which time White Prov. Ct. J. stayed each of the charges against Mr. Sharma on the basis that his right to a trial within a reasonable time had been violated. The Crown appealed the stays to the Court of Appeal for Ontario which allowed the appeal, set aside the stays and ordered that the matter proceed to trial on an expedited basis. This appeal comes before the Court as of right.

Judgments

A. Ontario Provincial Court

White Prov. Ct. J. began his reasons by distinguishing the present case from the Ontario Court of Appeal judgment in *R. v. Askov* (1987), 60 C.R. (3d) 277. He indicated that unlike *Askov*, the accused in this case had clearly suffered prejudice as a result of the delay in being brought to trial. One of the conditions of the bail order in this case was an undertaking not to drive and thus any delay in being brought to trial prolonged what was effectively a driving suspension. The motion judge found that a 13-month delay was simply too long. Having considered all of the factors suggested by counsel, White Prov. Ct. J. found the delay to have

été choisies après que l'avocat eut consulté le personnel de la cour qui l'a avisé que des dates de procès étaient fixées pour le mois de mars 1989. Monsieur Sharma a choisi d'être jugé par un juge de la Cour provinciale et la date du procès a été fixée au 8 mars 1989.

Le 8 mars 1989, avant d'inscrire un plaidoyer, l'appelant a sollicité un arrêt des procédures pour cause de délai déraisonnable. Comme le ministère public n'avait pris connaissance de la requête fondée sur le délai que juste avant son dépôt, et que l'accusé n'avait pas fourni les transcriptions de ses comparutions antérieures, les plaidoiries sur la requête ont été ajournées au 15 mars 1989, après de brèves observations préliminaires. Étant donné que le juge White de la Cour provinciale, qui avait entendu les observations initiales sur la requête, ne siégeait pas ce jour-là, l'affaire a été reportée à la semaine suivante. Les observations sur la requête ont été complétées le 22 mars 1989 et le juge White a alors ordonné la suspension de toutes les accusations portées contre M. Sharma pour le motif que son droit d'être jugé dans un délai raisonnable avait été violé. Le ministère public en a appelé de cette décision devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel, a annulé les suspensions et a ordonné que l'on procède sans délai à l'instruction de l'affaire. L'appelant se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

Les jugements

A. Cour provinciale de l'Ontario

Dans ses motifs, le juge White a commencé par établir une distinction entre la présente affaire et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Askov* (1987), 60 C.R. (3d) 277. Il a indiqué que, contrairement à l'affaire *Askov*, l'accusé en l'espèce avait nettement subi un préjudice en raison du délai écoulé avant d'être traduit en justice. Parmi les conditions de sa mise en liberté, il y avait la promesse de ne pas conduire, ce qui faisait que tout délai écoulé avant d'être traduit en justice avait pour effet de prolonger ce qui, en réalité, constituait une suspension de permis de conduire. Le juge des requêtes a statué qu'un délai de 13 mois

been unreasonable. He therefore ordered that the proceedings be stayed.

B. Court of Appeal

Relying on its own judgment in *R. v. Morin* (1990), 76 C.R. (3d) 37 (Ont. C.A.), and having regard to the four factors specified by me in *R. v. Smith*, [1989] 2 S.C.R. 1120, the Court of Appeal concluded that the s. 11(b) rights of the accused had not been violated. The appeal was therefore allowed, the stay set aside and the case sent back for an expedited trial.

Point in Issue

The sole issue in this appeal is whether the appellant's right to be tried within a reasonable time, as guaranteed by s. 11(b) of the *Charter*, has been violated.

Analysis

In determining whether an accused has been denied his or her right to be tried within a reasonable time, a court must balance the interests to be protected by s. 11(b) against the factors that inevitably lead to delay. The factors to be considered are:

1. the length of the delay;
2. waiver of time periods;
3. the reasons for the delay, including
 - (a) inherent time requirements of the case,
 - (b) actions of the accused,
 - (c) actions of the Crown,
 - (d) limits on institutional resources, and
 - (e) other reasons for delay; and

était tout simplement trop long. Après avoir sou-pesé tous les facteurs soumis par les avocats, le juge White a conclu que le délai était déraisonnable. Il a donc ordonné l'arrêt des procédures.

^a B. Cour d'appel

La Cour d'appel s'est appuyée sur son propre arrêt *R. c. Morin* (1990), 76 C.R. (3d) 37 (C.A. Ont.), et a tenu compte des quatre facteurs que j'ai énoncés dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1989] 2 R.C.S. 1120, pour ensuite statuer que les droits de l'accusé garantis par l'al. 11b) n'avaient pas été violés. L'appel a, par conséquent, été accueilli, l'arrêt des procédures annulé et l'affaire renvoyée pour que l'on procède sans délai à son instruction.

La question en litige

^d Il s'agit uniquement, en l'espèce, de déterminer s'il y a eu violation du droit de l'appelant d'être jugé dans un délai raisonnable, que lui garantit l'al. 11b) de la *Charte*.

^e Analyse

Pour déterminer s'il y a eu violation du droit d'un accusé d'être jugé dans un délai raisonnable, une cour doit sou-peser les intérêts que l'al. 11b) vise à protéger, en fonction des facteurs qui entraînent inévitablement un délai. Ces facteurs sont les suivants:

- ^g 1. la longueur du délai;
2. la renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul;
- ^h 3. les raisons du délai, notamment
 - a) les délais inhérents à la nature de l'affaire,
 - ⁱ b) les actes de l'accusé,
 - c) les actes du ministère public,
 - ^j d) les limites des ressources institutionnelles,
 - e) d'autres raisons du délai, et

4. prejudice to the accused.

The balancing of these factors and their interaction with the interests sought to be protected by s. 11(b) are discussed in my reasons in *Morin*. I will proceed to consider these factors as they apply to this appeal.

1. *The Length of the Delay*

The accused was charged on February 17, 1988 and he obtained a stay of proceedings in regard to the charges pending against him on March 22, 1989. The total time period between charge and the "disposition" of his proceedings was therefore just over 13 months. For the reasons indicated below, a period of two weeks was waived by the accused during this time period and thus the total length of the delay was 12½ months.

2. *Waiver of Time Periods*

At his scheduled trial on March 8, 1989, the accused made a motion that the proceedings against him be stayed due to unreasonable delay. At this time the Crown, who was prepared for trial, secured what became a two-week adjournment in order to prepare a response to the motion and allow time for the accused to obtain transcripts from his earlier court appearances. As the Crown was taken by surprise by the motion and the accused had failed to provide transcripts at the commencement of his motion, an adjournment was inevitable. Given that the accused was prepared to argue a s. 11(b) motion on March 8 and that he readily acceded to an adjournment caused by his lack of notice and preparation, it can be assumed that the accused was fully aware of his rights under s. 11(b) and that by agreeing to an adjournment he was waiving his right to complain about the subsequent two-week delay. In these circumstances, I am prepared to find that the stringent requirements of waiver required by *Korponay v. Attorney General of Canada*, [1982] 1 S.C.R. 41, and *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, have been satisfied. As I indicated in *Morin*, consent to adjourn-

4. le préjudice subi par l'accusé.

Dans l'arrêt *Morin*, je traite de l'évaluation de ces facteurs et de leur interaction avec les intérêts que l'al. 11b) vise à protéger. Je vais examiner ces facteurs dans la mesure où ils s'appliquent au présent pourvoi.

b 1. *La longueur du délai*

L'accusé a été inculpé le 17 février 1988 et il a obtenu un arrêt des procédures relativement aux accusations portées contre lui, le 22 mars 1989. Entre le dépôt de l'accusation et le «règlement» des procédures engagées contre lui, il s'est donc écoulé un peu plus de 13 mois. Pour les motifs exposés ci-après, l'accusé a renoncé à invoquer une période de deux semaines comprise dans ce délai dont la longueur totale est de 12 mois ½.

e 2. *La renonciation à invoquer certaines périodes dans le calcul*

Le 8 mars 1989, date prévue de son procès, l'accusé a déposé une requête en arrêt des procédures engagées contre lui, pour cause de délai déraisonnable. À ce moment, le ministère public, qui était prêt pour le procès, a obtenu ce qui est devenu un ajournement de deux semaines afin de préparer sa réponse à la requête et de donner à l'accusé le temps d'obtenir les transcriptions de ses comparutions antérieures. Étant donné que la requête a pris au dépourvu le ministère public et que l'accusé n'avait pas fourni les transcriptions dès le dépôt de sa requête, un ajournement était inévitable. Puisque, le 8 mars, l'accusé était disposé à débattre sa requête fondée sur l'al. 11b) et qu'il a consenti de bon gré à un ajournement causé par son défaut d'aviser et de se préparer, on peut présumer qu'il connaissait parfaitement les droits que lui garantissait l'al. 11b) et qu'en consentant à un ajournement, il a renoncé à son droit de se plaindre du délai de deux semaines qui s'est ensuivi. Dans ces circonstances, je suis disposé à conclure qu'on a satisfait aux conditions strictes de la renonciation prescrites par les arrêts *Korponay c. Procureur général du Canada*, [1982] 1 R.C.S. 41, et

ments may in certain circumstances amount to waiver. This is such a case.

The respondent argues that the entire period of time from March 24, 1988 until March 7, 1989 was waived by the accused. The respondent contends that the letter submitted by Mr. Sharma to the Crown at his set date on March 24, 1988 listing counsel availability amounts to waiver, as counsel listed no dates before March 7, 1989. Counsel for the accused indicated at the hearing of the motion that the list of trial dates had been set only after consultation with the applicable court office which had indicated that "they were giving dates commencing March of 1989" (C.O.A. at p. 71). It would have been preferable if this evidence had been presented by affidavit or otherwise, rather than by a statement by defence counsel. Nonetheless, the courts below appear to have accepted the evidence in this form. Apparently, the practice referred to is not an uncommon manner of setting dates for court appearances. By providing a letter of available dates, counsel is saved the time, and the accused and legal aid are saved the expense, of wasted time in court waiting to set dates.

The respondent has attempted to counter this evidence by filing an affidavit from Suzanne Mactavish, the trial co-ordinator for the Ontario Court (Provincial Division) in Brampton, regarding the availability of trial dates at the set date of March 24, 1988. As this was not evidence either at the motion or before the Court of Appeal, and as it does not appear to satisfy the test for the admission of fresh evidence discussed in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775, and most recently in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, at pp. 776-77, I am reluctant to consider the affidavit. Nevertheless, in view of the fact that counsel for the appellant takes no objection to its reception, I will treat it as being admissible. The statement of

Clarkson c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 383. Comme je l'ai mentionné dans l'arrêt *Morin*, le consentement à des ajournements peut, dans certaines circonstances, équivaloir à une renonciation.

^a C'est le cas en l'espèce.

L'intimée prétend que l'accusé a renoncé à se prévaloir de tout le délai écoulé entre le 24 mars 1988 et le 7 mars 1989. Elle soutient que la lettre présentée par M. Sharma au ministère public le 24 mars 1988, au moment de fixer la date de son procès, dans laquelle son avocat énumérait les dates auxquelles il serait disponible, équivaut à une renonciation puisque ce dernier n'a mentionné aucune date antérieure au 7 mars 1989. L'avocat de l'accusé a indiqué, à l'audition de la requête, n'avoir dressé la liste des dates de procès qu'après avoir consulté le personnel du greffe approprié qui l'avait avisé qu' [TRADUCTION] «ils attribuaient des dates à compter de mars 1989» (dossier conjoint, à la p. 71). Il eût été préférable que cet élément de preuve soit produit sous forme d'affidavit ou autrement, plutôt que sous forme de déclaration de l'avocat de la défense. Néanmoins, les tribunaux d'instance inférieure paraissent l'avoir admis sous cette forme. Apparemment, cette façon de fixer les dates de comparution n'est pas inhabituelle. La production d'une lettre indiquant les dates qui peuvent convenir représente une économie de temps pour l'avocat et une économie d'argent pour l'accusé et l'aide juridique qui évitent ainsi d'attendre en cour que des dates soient fixées.

L'intimée a tenté de contredire cette preuve au moyen d'un affidavit de Suzanne Mactavish, coordonnatrice des rôles de la Cour de l'Ontario (Division provinciale) à Brampton, portant sur les dates de procès disponibles lorsqu'on a fixé la date du procès le 24 mars 1988. J'hésite à prendre en considération cet affidavit puisqu'il n'a pas été produit en preuve lors de la requête ou devant la Cour d'appel et parce qu'il ne paraît pas satisfaire au critère d'admission d'une nouvelle preuve analysé dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la p. 775, et tout récemment, dans l'arrêt *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, aux pp. 776 et 777. Toutefois, puisque l'avocat de l'appellant ne s'oppose pas à sa réception, je le tiendrai pour

counsel for the accused is not directly questioned in the affidavit. The deponent does, however, assert that other cases in which dates were set on March 24, 1988 received dates prior to March 1989. The circumstances relating to these cases are not referred to and the fact that some cases were given earlier dates is not inconsistent with the evidence tendered on behalf of the accused. At best, the affidavit simply casts some doubt on the statement made by defence counsel.

On the basis of the evidence discussed in the preceding paragraphs, I am unable to conclude that the accused has waived the time period in question. The test for waiver set in *Korponay* and *Clarkson* is stringent. As indicated in *Morin*, “[w]aiver must be clear and unequivocal and with full knowledge of the right one is waiving” (p. 803). Taking into account the circumstances surrounding the letter from counsel, I am unable to conclude that the accused was aware of the right the respondent contends he was releasing or would have been willing to do so had he been aware of the implications of that release. I therefore find that the accused did not waive his right to complain of the delay resulting from the time period between March 24, 1988 and March 8, 1989. The time period was not explicitly waived and I am unable to infer from the letter and the circumstances surrounding the letter that the accused implicitly waived this time period.

3. *Reasons for the Delay*

(a) Inherent Time Requirements

The circumstances surrounding the charges before the Court on this appeal concern a traffic accident which occurred on February 17, 1988. While based on a discrete event, this proceeding presents a more complicated case than that posed in the companion *Morin* appeal. This case involves a number of police, civilian and possibly expert witnesses. As there is a suggestion that the accused was not the driver of the vehicle involved in the accident, a number of civilian witnesses will be required, both to give evidence regarding the acci-

admissible. La déclaration de l’avocat de l’accusé n’est pas directement mise en doute dans l’affidavit. La déposante affirme cependant que, le 24 mars 1988, une date antérieure à mars 1989 a été fixée dans le cas de certaines causes. Les circonstances entourant ces affaires ne sont pas mentionnées et le fait qu’on ait attribué une date antérieure à certaines d’entre elles n’est pas incompatible avec la preuve produite pour le compte de l’accusé. Au mieux, l’affidavit suscite simplement un doute sur la déclaration faite par l’avocat de la défense.

Compte tenu de la preuve analysée dans les paragraphes précédents, je ne puis conclure que l’accusé a renoncé à invoquer le délai en question. Le critère de la renonciation formulé dans les arrêts *Korponay* et *Clarkson* est strict. Comme on l’a mentionné dans l’arrêt *Morin*, «[l]a renonciation doit être claire et non équivoque et faite en pleine connaissance du droit auquel on renonce» (pp. 803 et 804). Compte tenu des circonstances entourant la lettre de l’avocat, je ne puis conclure que l’accusé était conscient du droit auquel, selon l’intimée, il renonçait ou qu’il aurait été disposé à y renoncer s’il s’était rendu compte de la portée de ce geste. Par conséquent, j’estime que l’accusé n’a pas renoncé à son droit de se plaindre du délai écoulé entre le 24 mars 1988 et le 8 mars 1989. Il n’a pas explicitement renoncé à invoquer ce délai et je suis incapable de déduire de la lettre et des circonstances qui l’entourent que l’accusé a implicitement renoncé à le faire.

3. *Les raisons du délai*

a) Les délais inhérents à la nature de l’affaire

Les accusations dont la Cour est saisie dans le présent pourvoi concernent un accident de la circulation survenu le 17 février 1988. Bien que fondée sur un incident unique, la présente affaire est plus complexe que l’affaire connexe *Morin*. En l’espèce, un certain nombre de policiers, de citoyens ordinaires et peut-être même de témoins experts sont en cause. Puisqu’on laisse entendre que l’accusé ne conduisait pas le véhicule impliqué dans l’accident, des citoyens ordinaires seront appelés à témoigner sur l’accident et à identifier les conduc-

dent as well as identify the drivers of the vehicles involved in the accident. Police officers will also be required to give evidence, both in regard to the statements made by the accused to them at the scene of the accident and in regard to intoxication and the breathalyzer test results. Additionally, as there are allegations that the victim of the accident has been seriously injured, expert medical witnesses may be involved. While this case does not present an inordinately complex case, neither does it represent a particularly simple case. This complexity will be reflected in more time being necessary both for the prosecution to prepare its case and for the defence to prepare to meet that case.

Up until the set date appearance of March 24, 1988, the accused appears to have been in the process of obtaining and instructing counsel. On his first appearance in bail court, the accused had not yet spoken to counsel. By his February 25, 1988 set date appearance, Mr. Sharma had only just applied for legal aid and he requested a one-month adjournment, apparently to arrange for legal aid and to instruct counsel. Thus, until March 24, 1988, the accused was clearly involved in preparing his case for trial. As the accused at no time indicated that he was prepared for trial or that he wished the first available trial date, it is not possible to determine when he was ready for trial. Given the complexity of the case, it may not have been until some time in May of 1988 that the accused was ready for trial. In the absence of any evidence in the record, I am unable to determine any earlier date at which the accused would have been prepared for trial. By May of 1988, even assuming the complexity of the case, the prosecution would also have likely been ready for trial. The inherent time requirements are, therefore, approximately three months.

(b) Actions of the Accused

The accused appeared in court on March 24, 1988 with a letter from counsel indicating dates upon which counsel was available for trial. As has been discussed previously, there is substantial conflict over whether the dates provided by counsel (which were all in March of 1989 or later) were in

teurs des véhicules impliqués. Les agents de police devront également témoigner au sujet des déclarations que l'accusé leur a faites sur les lieux de l'accident et de son état d'ébriété et des résultats de l'alcootest qu'il a subi. En outre, puisqu'on allègue que la victime de l'accident a été grièvement blessée, il sera peut-être nécessaire d'entendre des témoins experts en médecine. Bien que la présente affaire ne soit pas excessivement complexe, elle n'est pas pour autant particulièrement simple. En raison de cette complexité, plus de temps sera nécessaire à la poursuite pour préparer sa preuve et à l'accusé pour se préparer à la réfuter.

Jusqu'à sa comparution du 24 mars 1988, l'accusé paraît avoir tenté de recourir à l'assistance d'un avocat. À sa première comparution devant le tribunal lors de l'enquête sur cautionnement, l'accusé n'avait pas encore parlé à un avocat. Le 25 février 1988, lorsqu'il a comparu pour fixer une date de procès, M. Sharma venait à peine de faire une demande d'aide juridique et il a sollicité un ajournement d'un mois, apparemment en vue d'obtenir l'aide juridique et de recourir à l'assistance d'un avocat. Ainsi, jusqu'au 24 mars 1988, l'accusé préparait manifestement sa preuve en vue du procès. Comme il n'a en aucun temps indiqué qu'il était prêt à subir son procès ou qu'il souhaitait le subir à la première date disponible, il est impossible de déterminer quand il était prêt à subir son procès. Vu la complexité de l'affaire, il se peut qu'il ne l'ait été qu'en mai 1988. En l'absence de preuve au dossier, il m'est impossible de déterminer une date antérieure à laquelle l'accusé aurait été prêt à subir son procès. Même en présumant que l'affaire était complexe, la poursuite aurait vraisemblablement été prête pour le procès en mai 1988 elle aussi. Le délai inhérent est, par conséquent, d'environ trois mois.

b) Les actes de l'accusé

L'accusé a comparu le 24 mars 1988, muni d'une lettre de son avocat indiquant les dates auxquelles ce dernier serait disponible pour un procès. Comme nous l'avons vu, il existe un désaccord important sur la question de savoir si les dates fournies par l'avocat de l'accusé (toutes à compter

fact the earliest dates available for trial at that time. While I was unwilling to infer that this letter constituted waiver, it is clear that this action guaranteed that no date prior to March of 1989 could be set. There is conflicting material before the Court as to whether a March 1989 trial date was “inevitable”. While I have concluded that the evidence as to the availability of earlier dates is insufficiently clear to establish waiver, I am not convinced that a date that far in the future was necessarily inevitable. If the accused was anxious to proceed, one would have expected something more in the form of protest or inquiry about other dates. While this is a matter which I will deal with in relation to prejudice, it is also pertinent to consider under this factor.

(c) Actions of the Crown

From the time of setting the trial date until the scheduled trial date, the Crown did not take any actions, either to delay or expedite the trial. Counsel for the defence actually concedes that the Crown did not do anything to occasion any of the delays that were experienced in this case.

(d) Limits on Institutional Resources

This case originated in the Provincial Court in the District of Peel. The situation in Peel was fully canvassed by this Court in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. While the situation has improved since the *Askov* decision, the District continues to experience institutional delays due to limited resources. Given the fact that Peel has experienced these delays for a longer period of time and, therefore, has had more time to address the problem, I would apply the lower range of the guidelines for institutional delay. In *Morin* I stated that this guideline should be in the range of eight to ten months for Provincial Court, subject to deviations by reason of the presence or absence of prejudice. The period from the time the parties were ready for trial in May of 1988 until March of 1989 was insti-

de mars 1989) étaient effectivement, à ce moment-là, les dates les plus rapprochées qui seraient disponibles pour un procès. Bien que je n'aie pas été disposé à conclure que cette lettre constituait une renonciation, il est évident que cet acte garantissait qu'aucune date antérieure à mars 1989 ne pouvait être fixée. On a soumis à la Cour des documents contradictoires sur la question de savoir si la date du procès en mars 1989 était «inévitabile». Même si j'ai conclu que la preuve sur la disponibilité de dates antérieures n'est pas suffisamment claire pour établir l'existence d'une renonciation, je ne suis pas convaincu qu'une date aussi lointaine était nécessairement inévitable. Si l'accusé souhaitait procéder rapidement, on aurait pu s'attendre à ce qu'il fasse quelque chose de plus et qu'il proteste ou s'informe des autres dates disponibles. Bien que je traiterai de cette question sous l'angle du préjudice subi, il est aussi pertinent de l'étudier sous la présente rubrique.

(c) Les actes du ministère public

À compter du moment où la date du procès a été fixée jusqu'à sa date prévue, le ministère public n'a rien fait pour retarder ou hâter le procès. L'avocat de la défense admet, à vrai dire, que le ministère public n'a posé aucun geste susceptible d'engendrer les délais écoulés en l'espèce.

(d) Les limites des ressources institutionnelles

La présente affaire a commencé en Cour provinciale du district de Peel. La situation qui prévaut dans le district de Peel a été examinée minutieusement dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Bien que, depuis l'arrêt *Askov*, la situation se soit améliorée, ce district connaît toujours des délais institutionnels résultant de ressources limitées. Compte tenu du fait que Peel est aux prises avec ces délais depuis plus longtemps et qu'on a donc eu plus de temps pour s'attaquer au problème, j'appliquerais la partie inférieure de la ligne directrice relative au délai institutionnel. Dans l'arrêt *Morin*, j'ai affirmé que cette ligne directrice devrait se situer entre huit et dix mois pour la Cour provinciale, sous réserve de dérogations résultant de la présence ou de l'absence de préjudice. Le

tutional delay. This is a period of approximately nine months.

(e) Other Reasons for Delay

There do not appear to have been any other delays experienced in this case beyond those that have already been discussed in these reasons.

4. *Prejudice to the Accused*

At the bail hearing of the accused, Mr. Sharma agreed to abide by any order that he not drive an automobile until the charges currently before the Court were dealt with. Defence counsel asked:

Q. Sir, do you need a car to drive back and forth to work, or is there some other means of transportation that you can use?

Mr. Sharma responded:

A. I can take bus. I don't have car anymore.

The accused went on to volunteer that a prohibition from driving "[a]ctually . . . would be better for my wife". The record also indicates that Mr. Sharma was in custody at various points during the time period in question on unrelated matters and thus had a reduced opportunity to drive.

Mr. Sharma raised the issue of his undertaking not to drive at his subsequent set date on February 25, 1988. The exchange between the appellant and the court took the following form:

MR. SHARMA: I have a request to make, Your Honour. My job is at stake, if I can get my licence back.

THE COURT: I believe, sir, at your bail hearing one of the conditions of your bail is that you not drive a motor vehicle until this matter is completed. If you have any inquiries regarding that, you can speak to a disclosure Crown, sir. He would be available on Monday, Wednes-

temps écoulé entre le moment où les parties étaient prêtes pour le procès, en mai 1988, et mars 1989, soit approximativement neuf mois, était un délai institutionnel.

e) D'autres raisons du délai

Il ne semble pas y avoir eu d'autres délais en l'espèce, outre ceux déjà étudiés dans les présents motifs.

4. *Le préjudice subi par l'accusé*

Lors de son enquête sur cautionnement, M. Sharma a consenti à respecter toute ordonnance lui interdisant de conduire une automobile jusqu'à ce que la cour se prononce sur les accusations dont elle était saisie. L'avocat de la défense a demandé:

[TRADUCTION] Q. Monsieur, avez-vous besoin d'une automobile pour vous rendre à votre travail et en revenir, ou pouvez-vous utiliser un autre moyen de transport?

Monsieur Sharma a répondu:

[TRADUCTION] R. Je peux prendre l'autobus. Je n'ai plus d'auto.

L'accusé a ensuite admis spontanément qu'une interdiction de conduire [TRADUCTION] «[e]n réalité [. . .] serait mieux pour mon épouse». Le dossier indique également que M. Sharma a été détenu à diverses reprises au cours de la période en question pour des affaires étrangères à l'espèce et que, par conséquent, il avait moins eu l'occasion de conduire.

Le 25 février 1988, lorsqu'il a comparu pour fixer une date de procès, M. Sharma a soulevé la question de sa promesse de ne pas conduire. L'appellant et la cour ont échangé les propos suivants:

[TRADUCTION]

M. SHARMA: J'ai une demande à faire, Votre Honneur. Il y va de mon emploi, si je puis ravoit mon permis.

LA COUR: Je crois, monsieur, qu'à votre enquête sur cautionnement, on vous a libéré à condition que vous ne conduisiez aucun véhicule à moteur jusqu'à ce qu'on ait statué sur l'affaire. Si vous avez des questions à ce sujet, vous pouvez consulter le procureur chargé de communi-

day and Friday in the office out there. You can ask them at the duty counsel office and they will assist you.

The relevance of this last exchange is that while Mr. Sharma may not have been a sophisticated participant in the justice system, the court provided substantial information regarding how the accused could attempt to vary his bail conditions. It is important to note that the bail condition was originally imposed for the reason that the record of the accused indicated that he had proven himself to be "a public menace on the road" and that it was in the public interest that he "not [be able] to get a hold of a car". The accused made no mention of the bail condition at his subsequent set date appearance on March 24, 1988 and it does not appear that he at any time attempted to have this bail condition removed despite receiving specific information from the court concerning how that might be accomplished.

The trial judge found that the appellant had suffered some prejudice as a result of the delay by reason of the bail conditions. This conclusion must have been derived from the circumstances that I have outlined above. While these circumstances are consistent with the appellant having suffered some prejudice, I conclude that it was minimal. If the appellant was being seriously prejudiced by the delay, he would either have pressed to have his case tried or made some effort to vary the bail conditions.

As for inferred prejudice, I am unwilling to infer more than nominal prejudice as a result of the mere passage of time. Mr. Sharma's inaction from his set date appearance to his scheduled trial date shows a noticeable lack of concern with the pace of litigation. Some account may also be taken of the fact that the appellant was not altogether unfamiliar with the criminal justice system. This may reduce the stress and anxiety of pending proceedings.

quer la preuve, monsieur. Il est disponible les lundi, mercredi et vendredi au bureau là-bas. Vous pouvez vous renseigner au bureau de l'avocat de garde et on vous aidera.

La pertinence de ce dernier échange tient à ce que, même si M. Sharma n'était peut-être pas un participant chevronné au système de justice, la cour a fourni des renseignements importants sur la façon dont l'accusé pouvait tenter de faire modifier les conditions de sa mise en liberté sous caution. Il importe de remarquer qu'à l'origine, cette condition de mise en liberté sous caution a été imposée en raison du dossier de l'accusé qui démontrait que ce dernier s'était révélé [TRADUCTION] «un danger public sur la route» et qu'il était dans l'intérêt du public qu'il [TRADUCTION] «ne [soit pas en mesure] de mettre la main sur une automobile». L'accusé n'a pas mentionné cette condition lors de sa comparution du 24 mars 1988 et il semble qu'il n'ait jamais tenté de la faire supprimer malgré les renseignements précis que la cour lui a donnés sur la façon dont cela pourrait se réaliser.

Le juge du procès a statué que l'appellant avait subi un préjudice en raison du délai découlant des conditions de sa mise en liberté sous caution. Il a dû tirer cette conclusion des circonstances exposées précédemment. Même si, d'après les circonstances, l'appellant a subi un préjudice, je conclus qu'il était minime. Si le délai avait causé un préjudice grave à l'appellant, ce dernier aurait soit insisté pour être jugé, soit tenté jusqu'à un certain point de faire modifier les conditions de sa mise en liberté sous caution.

Quant à la possibilité de déduire qu'il y a eu préjudice, je suis disposé tout au plus à conclure à l'existence d'un préjudice infime causé par le simple écoulement du temps. L'inaction de M. Sharma entre sa comparution pour fixer une date de procès et la date prévue de son procès révèle une absence évidente de préoccupation à l'égard du rythme des procédures. On peut aussi, jusqu'à un certain point, tenir compte du fait que l'appellant n'était pas tout à fait dépourvu de connaissance du système de justice criminelle, ce qui peut réduire le stress et l'angoisse résultant de procédures en cours.

Disposition

Applying the factors discussed above, particularly the actions of the accused, the paucity of prejudice and the guideline concerning institutional delay and taking into account the interests designed to be protected, particularly the relative seriousness of the charge, I conclude that the delay herein was not unreasonable. Thus, the rights of the accused under s. 11(b) have not been violated and the appeal is therefore dismissed. As no trial has yet been held, the matter must proceed to trial. In view of the time that has elapsed since the initiation of the proceedings, the trial should proceed on an expedited basis.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I would apply the same methodology in this case as I did in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, released concurrently. A *prima facie* case for excessive delay is made out. The remaining question is whether the prejudice to the accused outweighs society's interest in bringing him to trial. The appellant has suffered some prejudice; the bail condition suspending his licence to drive has curtailed his liberty to some extent. But on the other side of the scales the offence is serious and the societal interest in bringing this accused to trial is strong. These considerations outweigh such prejudice as the appellant has suffered.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LAMER C.J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Irwin Koziembrocki, Toronto.

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

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

Dispositif

Compte tenu des facteurs analysés précédemment, notamment les actes de l'accusé, l'insignifiance du préjudice et la ligne directrice concernant le délai institutionnel, et compte tenu des intérêts destinés à être protégés et, particulièrement, de la gravité relative de l'accusation, je conclus que le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable. Ainsi, il n'y a pas eu de violation des droits de l'accusé garantis par l'al. 11b) et le pourvoi est donc rejeté. Puisqu'aucun procès n'a encore été tenu, l'affaire doit être instruite. Vu le temps écoulé depuis l'engagement des procédures, le procès devrait être tenu sans délai.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'appliquerais en l'espèce la même méthode que celle que j'ai utilisée dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, rendu simultanément. Il y a preuve *prima facie* de l'existence d'un délai excessif. Il reste à déterminer si le préjudice causé à l'accusé l'emporte sur l'intérêt qu'a la société à le faire traduire en justice. L'appelant a subi un certain préjudice: la condition de sa mise en liberté sous caution prescrivant la suspension de son permis de conduire a eu pour effet de restreindre sa liberté jusqu'à un certain point. Mais, par ailleurs, l'infraction commise est grave et la société a fortement intérêt à ce que cet accusé soit traduit en justice. Ces considérations l'emportent sur le préjudice subi par l'appelant.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER est dissident.

Procureur de l'appelant: Irwin Koziembrocki, Toronto.

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

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

Gilles Lefebvre *Appellant*

v.

HOJ Industries Ltd. *Respondent*

and between

Marek Machtinger *Appellant*

v.

HOJ Industries Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: LEFEBVRE v. HOJ INDUSTRIES LTD.

File No.: 21586.

1992: March 2.*

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

MOTION FOR RE-HEARING OF APPEAL

Practice — Re-hearing — Counsel for appellants not present when matter heard — Procedure for setting hearing dates — No duty on Court to inform counsel of hearing dates — Counsel failing to carry out duty to ascertain inscribed date — Re-hearing granted as matter of indulgence — Granting of motion not a precedent — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 51.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74 [am. SOR/91-347], rr. 44(4), 51.

MOTION for a re-hearing of an appeal heard in the absence of counsel for the appellants. Motion granted.

Howard A. Levitt, Constance C. Olsheski and R. Stacey Ball, for the appellants.

John R. Sproat, for the respondent.

* Reasons delivered March 26, 1992.

Gilles Lefebvre *Appellant*

c.

^a **HOJ Industries Ltd.** *Intimée*

et entre

^b **Marek Machtinger** *Appellant*

c.

^c **HOJ Industries Ltd.** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: LEFEBVRE c. HOJ INDUSTRIES LTD.

N° du greffe: 21586.

^d 1992: 2 mars.*

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

^e REQUÊTE EN NOUVELLE AUDITION DE POURVOI

Pratique — Nouvelle audition — Avocat des appellants absent au moment de l'audience — Procédure d'établissement des dates d'audition — La Cour n'est pas tenue d'informer les avocats des dates d'audition — L'avocat ne s'est pas acquitté de son devoir de vérifier la date inscrite — Nouvelle audition accordée par complaisance — La décision d'accueillir la requête ne doit pas créer de précédent — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 51.

Lois et règlements cités

^h *Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74 [mod. DORS/91-347], art. 44(4), 51.*

ⁱ REQUÊTE en nouvelle audition d'un pourvoi entendu en l'absence de l'avocat des appellants. Requête accueillie.

Howard A. Levitt, Constance C. Olsheski et R. Stacey Ball, pour les appellants.

^j *John R. Sproat, pour l'intimée.*

* Motifs rendus le 26 mars 1992.

The following are the reasons for the order delivered by

THE COURT—Counsel for the applicants (appellants in the appeal) makes this application for a re-hearing pursuant to r. 51 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74. Counsel brings this application because he was not present on November 5, 1991 when the matter had been set down for argument and was argued. Faced with the non-appearance of counsel for the appellants on that date, the Court considered whether the afternoon case might be heard first and attempted through a Court official to communicate with counsel for the appellants. It was not possible to contact counsel for some time. As the hearing of the case had been properly scheduled and called, the Court decided to proceed and heard oral argument on behalf of the respondent only.

Counsel for the applicants states that neither he nor anyone in his firm ever received any prior notice of the hearing date for the appeal. He also states that on November 5, 1991 he received a telephone call from an official of the Supreme Court of Canada informing counsel that the appeal was about to proceed in his absence and subsequently learned that the Court proceeded in his absence.

Because this turn of events appears to be most unusual if not unique in the recent history of the Court, we think it helpful to describe briefly the general procedure in the Court for setting hearing dates for appeals and then describe what occurred in this matter.

The following is the procedure involved in setting hearing dates for appeals. Once an appeal has been inscribed for hearing in a particular session, it is the party's responsibility to follow up and to determine the date of the hearing and to attend and argue on the date specified. Although it is not the Court's responsibility to notify the parties of the date of hearing of an appeal, Registry officials do so as a matter of courtesy to the parties and to ensure the efficient use of Court time. In this

Version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LA COUR—En raison de son absence le 5 novembre 1991, date à laquelle l'affaire devait être et a en fait été entendue, l'avocat des requérants (les appelants au pourvoi) a présenté une requête en nouvelle audition fondée sur l'art. 51 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74. Devant la non-comparution de l'avocat des appelants le jour en question, la Cour a examiné la possibilité d'entendre d'abord l'affaire inscrite pour l'après-midi et a tenté par l'intermédiaire d'un fonctionnaire de la Cour de communiquer avec l'avocat. Il a fallu passablement de temps pour parvenir à joindre ce dernier. Comme l'affaire avait été inscrite au rôle et convoquée de façon régulière, la Cour a décidé de tenir l'audience et a entendu l'argumentation orale de l'intimée seulement.

L'avocat des appelants dit que ni lui ni personne d'autre dans son cabinet n'a été informé au préalable de la date de l'audition du pourvoi. Il affirme en outre avoir reçu, le 5 novembre 1991, un appel d'un fonctionnaire de la Cour suprême du Canada, qui lui a fait savoir que l'audition du pourvoi était sur le point de commencer sans lui. Il a appris par la suite que le pourvoi avait effectivement été entendu en son absence.

Comme il s'agit là d'une situation des plus inhabituelles, voire unique, dans l'histoire récente de la Cour, nous croyons utile d'exposer brièvement la procédure générale suivie à la Cour en ce qui concerne la fixation de la date d'audition des pourvois et de décrire ensuite ce qui s'est produit en l'espèce.

La procédure pour la fixation de la date d'audition des pourvois est la suivante. Dès qu'un pourvoi est inscrit pour être entendu au cours d'une session donnée, il incombe aux parties de faire le suivi qui s'impose, de s'informer de la date de l'audition et d'être présentes pour plaider à la date prévue. Bien que la Cour ne soit pas tenue d'aviser les parties de la date de l'audition d'un pourvoi, les fonctionnaires du greffe le font par courtoisie envers les parties et afin d'assurer l'emploi effi-

respect, the Court's practice is to advise all parties, by telephone, through their counsel's Ottawa agents, of the proposed date for hearing of an appeal, and, when the agenda is finalized, of the official date. This first contact is generally made four to five weeks prior to the beginning of a session and is to determine whether counsel is available to argue the appeal on that date.

If, after advising their principals, the Ottawa agents are informed that counsel is not available on the proposed date, the agents are expected to contact Registry officials so that an alternate date can be found. If the Ottawa agents contact the Registry to confirm that the proposed date is satisfactory or if the Registry is not advised that counsel is unavailable to argue the case on that date, Registry officials assume that the date is acceptable and proceed to prepare the draft agenda for the session. When the agenda is finalized and approved by the Chief Justice, Registry officials again contact the Ottawa agents by telephone to advise them of the official date.

In this matter, in late August 1991, the Ottawa agents of the appellants were contacted by a Court official and advised of the probable date of the hearing. In early October 1991, another call was made to the Ottawa agent to confirm that the appeal would be heard on November 5, 1991 at 10:30 a.m. Also a list of appeals inscribed for hearing during the October 1991 session was made available to counsel at the Registry offices on September 18, 1991. This appeal was placed on the list as number 44; and the list shows the names of all parties together with the names of counsel and their agents. In addition, the agenda of court sittings for the week beginning November 4, 1991, extracted from the entire agenda for the October 1991 session which was available to counsel on request as of October 3, 1991, showed case number 44 scheduled for November 5, 1991. Finally, it should be noted that Rule 44(4) of the *Rules of the*

cace du temps de la Cour. À cet égard, la Cour a l'habitude d'informer toutes les parties par téléphone, par l'intermédiaire des correspondants de leurs avocats à Ottawa, de la date envisagée pour l'audition du pourvoi et, dès que le rôle définitif est établi, de la date officielle. Ce premier contact a généralement lieu quatre ou cinq semaines avant le début d'une session et vise à déterminer si un avocat sera libre pour débattre le pourvoi à cette date.

Si, après avoir mis leurs commettants au courant, les correspondants à Ottawa apprennent qu'un avocat ne sera pas disponible à la date proposée, les correspondants sont censés prendre contact avec les fonctionnaires du greffe afin qu'une nouvelle date puisse être fixée. Si les correspondants à Ottawa confirment auprès du greffe que la date proposée peut convenir ou si on ne fait pas savoir au greffe qu'aucun avocat n'est libre pour plaider la cause à cette date, les fonctionnaires du greffe tiennent pour acquis que la date convient aux intéressés et se mettent alors à préparer l'ébauche du rôle pour la session. Quand le rôle est terminé et qu'il a reçu l'approbation du Juge en chef, les fonctionnaires du greffe entrent de nouveau en communication par téléphone avec les correspondants à Ottawa afin de les informer de la date officielle.

En l'espèce, un fonctionnaire de la Cour a communiqué aux correspondants des appelants à Ottawa, vers la fin du mois d'août 1991, la date probable de l'audition. Vers le début d'octobre 1991, un nouvel appel aux correspondants à Ottawa leur confirmait que le pourvoi serait entendu le 5 novembre 1991 à 10 h 30. De plus, une liste des pourvois inscrits pour audition au cours de la session d'octobre 1991 a été mise à la disposition des avocats aux bureaux du greffe le 18 septembre 1991. Le présent pourvoi y figurait au numéro 44. La liste indique en outre le nom de toutes les parties, de leurs avocats et des correspondants de ces derniers. De surcroît, le rôle pour la semaine commençant le 4 novembre 1991, extrait du rôle intégral pour la session d'octobre 1991 que les avocats pouvaient consulter sur demande à partir du 3 octobre 1991, indiquait que la cause numéro 44 devait être entendue le

Supreme Court of Canada provides that the appellant must serve a notice of hearing upon all parties within ten days from the completion of the list of appeals to be heard during the session. No such notice was served by counsel for the applicants.

Counsel for the applicants supports his application for a re-hearing on the following grounds:

1. The solicitor for the Applicants/Plaintiffs was not duly informed of the date of the hearing by this Honourable Court of the appeal;

2. The Applicants/Plaintiffs were deprived of their proper opportunity to provide oral argument on the appeal in this matter;

3. Affording the opportunity for the Applicants/Plaintiffs to appear at the hearing will promote the interests of justice and the appearance of justice being done to both parties.

Counsel for the respondent does not oppose the application for a re-hearing and says his client will accept whatever outcome the Court thinks appropriate. In this respect, we should like to commend counsel and his client for the constructive approach they have taken in this matter.

In our view, counsel for the applicants has seriously misunderstood the duties imposed on counsel who practise before this Court. It is counsel who must ascertain when their case has been inscribed for hearing; there is no duty on the Court to inform them, although an effort is made to contact them informally as already mentioned. The Court cannot and should not be affected by any breakdown in communications between counsel and their Ottawa agents. The obligation to inquire and ascertain the inscribed date for a hearing rests on counsel for the parties irrespective of whatever arrangements and duties may exist as between counsel for the parties and their Ottawa agents. Counsel for the applicants simply did not carry out

5 novembre 1991. Il est à noter en dernier lieu qu'aux termes du par. 44(4) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, l'appelant doit signifier à toutes les parties un avis d'audition dans les dix jours de la mise au rôle des pourvois à être entendus au cours de la session. L'avocat des requérants n'a pas signifié cet avis.

L'avocat des requérants fonde sa requête en nouvelle audition sur les motifs suivants:

[TRADUCTION]

1. L'avocat des requérants/demandeurs n'a pas été dûment informé par la Cour de la date de l'audition.

2. Les requérants/demandeurs se sont vu privés de la possibilité qui leur revenait de présenter des arguments oraux en l'espèce.

3. S'il est permis aux requérants/demandeurs de comparaître à l'audience non seulement justice sera rendue à toutes les parties, mais il sera évident que justice leur a été rendue.

L'avocat de l'intimée ne conteste pas la requête en nouvelle audition et dit que sa cliente acceptera ce que la Cour juge à propos à cet égard. Nous tenons donc à féliciter l'avocat et sa cliente de leur attitude constructive sur cette question.

À notre avis, l'avocat des requérants a très mal compris les obligations qui incombent aux avocats qui plaident devant notre Cour. Ce sont en effet les avocats qui doivent se mettre au courant de la date fixée pour l'audition de leur cause. Il n'est nullement du devoir de la Cour de les en informer, quoiqu'elle s'efforce de le faire officieusement de la manière déjà évoquée. Les problèmes de communication entre les avocats et leurs correspondants à Ottawa ne peuvent ni ne devraient avoir d'incidence sur la Cour. Il appartient toujours aux avocats des parties de s'informer de la date fixée pour l'audience et ce, indépendamment des arrangements et des obligations pouvant exister entre eux et leurs correspondants à Ottawa. Quels qu'aient pu être ses motifs et quel que soit le recours qu'il peut avoir, l'avocat des requérants ne

his duty to ascertain the date set down whatever his reasons or recourse may be.

However, in all the circumstances and especially because this, as mentioned above, is a rare and unusual situation, the Court has decided to grant the application for a re-hearing as a matter of indulgence. However, the Court wishes to make it clear that granting the application is not to be taken in any way as a precedent for granting similar applications in the future. Indeed, it is our hope that, by setting forth the circumstances of this matter and the duties and responsibilities of counsel, such a situation will not recur.

Following the hearing of the application, the Court announced that it would, as a matter of indulgence, grant the application subject to terms to be set forth in reasons to follow. The sole matter remaining is the issue of costs. On this matter, we are of the view that, in all the circumstances, the respondent shall have costs for (a) the hearing held on November 5, 1991 on a solicitor-client basis in any event of the cause, and (b) the motion for a re-hearing on a party-and-party basis in any event of the cause. These costs are payable by counsel for the applicants and will not be charged to his clients.

Accordingly, the application for a re-hearing is granted with costs as outlined above.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Howard A. Levitt & Associates, Toronto.

Solicitors for the respondent: Miller, Thomson, Toronto.

s'est tout simplement pas acquitté de son devoir de s'informer de la date fixée.

Dans les circonstances toutefois et compte tenu surtout qu'il s'agit, comme mentionné précédemment, d'une situation rare et inhabituelle, la Cour a décidé de faire droit à la requête en nouvelle audition. Elle le fait cependant par complaisance et tient à préciser que la décision d'accueillir la requête ne doit d'aucune façon s'interpréter comme créant un précédent dont elle s'autoriserait pour accueillir de futures requêtes analogues. De fait, nous espérons qu'en exposant les circonstances de la présente affaire ainsi que les devoirs et responsabilités des avocats, nous empêcherons que le cas ne se représente.

À la suite de l'audition de la requête, la Cour a annoncé que, par complaisance, elle ferait droit à la requête sous réserve de conditions à énoncer dans des motifs qui seraient rédigés ultérieurement. Il ne reste que la question des dépens. Sur ce point, nous sommes d'avis dans les circonstances d'accorder les dépens à l'intimée a) relativement à l'audience tenue le 5 novembre 1991, comme entre procureur et client, quelle que soit l'issue de la cause, et b) relativement à la requête en nouvelle audition, comme entre parties, quelle que soit l'issue de la cause. Les dépens devront être payés par l'avocat des requérants, qui ne devra pas les faire supporter à ses clients.

En conséquence, la requête en nouvelle audition est accueillie avec dépens, selon les modalités exposées ci-dessus.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Howard A. Levitt & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Miller, Thomson, Toronto.

James Ross Duncanson *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen as represented by
the Attorney General of Canada** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. DUNCANSON

File No.: 22644.

1992: March 30.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka,
Gonthier and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Whether trial judge erred in excluding narcotics evidence under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Cases Cited

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1991), 93 Sask. R. 193, 4 W.A.C. 193, 30 M.V.R. (2d) 17, setting aside the accused's acquittal on a charge of possession of narcotics for the purpose of trafficking and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Barry M. Singer, for the appellant.

Bernard Laprade, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—This appeal comes to us as of right. Assuming without deciding that the narcotic was found in violation of the appellant's rights

James Ross Duncanson *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine représentée par le
procureur général du Canada** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. DUNCANSON

^b N° du greffe: 22644.

1992: 30 mars.

^c Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

^d *Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la preuve des stupéfiants en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

^e Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

^f Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1991), 93 Sask. R. 193, 4 W.A.C. 193, 30 M.V.R. (2d) 17, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé relativement à une accusation de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic et qui a ordonné un nouveau procès. ^h Pourvoi rejeté.

Barry M. Singer, pour l'appelant.

Bernard Laprade, pour l'intimée.

ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^j LE JUGE EN CHEF LAMER—Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. À supposer, sans en décider, que le stupéfiant a été découvert en violation des droits de

under the *Charter*, we are all of the view that, under the circumstances of this case and in applying the principles enunciated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, admitting the evidence would not bring the administration of justice into disrepute. For these reasons the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Hnatyshyn Singer, Saskatoon.

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

l'appelant garantis par la *Charte*, nous sommes tous d'avis que, eu égard aux circonstances de la présente affaire et en application des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, l'utilisation de la preuve n'est pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Pour ces motifs, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Hnatyshyn Singer, Saskatoon.

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

Joseph Martin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Quebec and the
Attorney General of Manitoba** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. MARTIN

File No.: 22336.

1992: March 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Legislation creating strict liability offence — Restriction on presumption of innocence justifiable — Export and Import Permits Act, R.S.C. 1970, c. E-17, s. 13 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

Cases Cited

Applied: *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 2 O.R. (3d) 16, 63 C.C.C. (3d) 71, 43 O.A.C. 378, allowing the Crown's appeal from the appellant's acquittal on charges under the *Export and Import Permits Act*. Appeal dismissed.

Morris Manning, Q.C., and *Theresa Simone*, for the appellant.

Joseph Martin *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec et le procureur général du Manitoba** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARTIN

^c

N° du greffe: 22336.

1992: 30 mars.

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

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

^e

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Texte législatif créant une infraction de responsabilité stricte — Restriction à la présomption d'innocence justifiable — Loi sur les licences d'exportation et d'importation, S.R.C. 1970, ch. E-17, art. 13 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11(d).

^f

Jurisprudence

^g **Arrêt appliqué:** *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

Lois et règlements cités

^h *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11(d).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 2 O.R. (3d) 16, 63 C.C.C. (3d) 71, 43 O.A.C. 378, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'appelant relativement à des accusations portées en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. Pourvoi rejeté.

ⁱ

^j *Morris Manning, c.r.*, et *Theresa Simone*, pour l'appelant.

D. D. Graham Reynolds, for the respondent.

D. D. Graham Reynolds, pour l'intimée.

M. Philip Tunley and *W. J. Blacklock*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

M. Philip Tunley et *W. J. Blacklock*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

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

Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LAMER C.J.—We are all of the view that this appeal fails. We agree with the Court of Appeal's conclusion that this legislation can be construed and was properly construed as being of strict liability. The existence of a restriction to s. 11(d) is governed by this Court's decision in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes tous d'avis que le pourvoi échoue. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour conclure que ce texte législatif peut s'interpréter, et l'a été à bon droit, comme créant une infraction de responsabilité stricte. L'existence d'une restriction à l'al. 11d) est régie par l'arrêt de notre Cour *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

The section 1 analysis in *Wholesale* is applicable here, as there is no difference of substance between the nature of the legislation in that case and this one.

L'analyse fondée sur l'article premier dans *Wholesale* est applicable en l'espèce vu qu'il n'y a aucune différence sur le plan du fond entre la nature du texte législatif en cause dans cette affaire et celle du texte législatif dont il est question ici.

Accordingly, the appeal is dismissed.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Manning & Simone, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Manning & Simone, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Deputy Attorney General for Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le sous-procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau et Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Ellis-Don Limited and Rocco Morra *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta and the Canadian Environmental Law Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ELLIS-DON LTD.

File No.: 22297.

1992: March 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Statutory defence and common law defence of due diligence to be established by accused on balance of probabilities — Restriction on presumption of innocence justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Occupational Health and Safety Act, R.S.O. 1980, c. 321, s. 37(1), (2).

Cases Cited

Applied: *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 1 O.R. (3d) 193, 42 O.A.C. 49, 76 D.L.R. (4th) 347, 61 C.C.C. (3d) 423, 2 C.R. (4th) 118, 5 C.R.R. (2d) 263, allowing the appeal by the accused from a judgment of the District Court dismissing their appeal from convictions

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Ellis-Don Limited et Rocco Morra** *Intimés*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta et l'Association canadienne du droit de l'environnement** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. ELLIS-DON LTD.

^d N° du greffe: 22297.

1992: 31 mars.

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

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

^f *Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Disposition portant inversion de la charge de la preuve — Moyen de défense de diligence raisonnable prévue par la loi et la common law à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités — Restriction à la présomption d'innocence justifiable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur la santé et la sécurité au travail, L.R.O. 1980, ch. 321, art. 37(1), (2).*

^h Jurisprudence

Arrêt appliqué: *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154.

ⁱ POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 1 O.R. (3d) 193, 42 O.A.C. 49, 76 D.L.R. (4th) 347, 61 C.C.C. (3d) 423, 2 C.R. (4th) 118, 5 C.R.R. (2d) 263, qui a accueilli l'appel des accusés contre un jugement de la Cour de district, qui avait rejeté leur appel contre des déclara-

under the Ontario *Occupational Health and Safety Act*. Appeal allowed.

W. J. Blacklock, Phil Tunley and Andrea Esson,^a for the appellant.

Earl A. Cherniak, Q.C., and Kirk F. Stevens, for the respondents.

Michael R. Dambrot, Q.C., and Robert J. Frater, for the intervener the Attorney General of Canada.

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

Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

James C. Robb, for the intervener the Attorney General of Alberta.^d

Stephen T. Goudge and Barbara Rutherford, for the intervener the Canadian Environmental Law Association.^e

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We are all of the view that this appeal must succeed. The existence of a restriction to s. 11(d) is governed by this Court's decision in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154. The s. 1 analysis in *Wholesale* is applicable here, as there is no difference of substance between the nature of the legislation in that case and this one.

Accordingly the appeal is allowed and the case is remitted to the Court of Appeal for disposal of the other grounds of appeal raised below and not dealt with by the Court of Appeal.ⁱ

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Deputy Attorney General of Ontario, Toronto.^j

tions de culpabilité prononcées en vertu de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* de l'Ontario. Pourvoi accueilli.

W. J. Blacklock, Phil Tunley et Andrea Esson, pour l'appelante.

Earl A. Cherniak, c.r., et Kirk F. Stevens, pour les intimés.^b

Michael R. Dambrot, c.r., et Robert J. Frater, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

James C. Robb, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.^d

Stephen T. Goudge et Barbara Rutherford, pour l'intervenante l'Association canadienne du droit de l'environnement.^e

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être accueilli. L'existence d'une restriction à l'al. 11d) est régie par l'arrêt de notre Cour *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154. L'analyse fondée sur l'article premier dans *Wholesale* est applicable en l'espèce vu qu'il n'y a aucune différence sur le plan du fond entre la nature du texte législatif en cause dans cette affaire et celle du texte législatif dont il est question ici.^f

En conséquence, le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur les autres moyens invoqués devant elle et non traités par la Cour d'appel.^g

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le sous-procureur général de l'Ontario, Toronto.^h

Solicitors for the respondents: Lerner & Associates, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Gilles Laporte and Monique Rousseau, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: James C. Robb, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Environmental Law Association: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto; Barbara Rutherford, Toronto.

Procureurs des intimés: Lerner & Associates, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Gilles Laporte et Monique Rousseau, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: James C. Robb, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne du droit de l'environnement: Gowling, Strathy & Henderson, Toronto; Barbara Rutherford, Toronto.

CIP Inc. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada Intervener

INDEXED AS: R. v. CIP INC.

File No.: 22025.

1991: June 27; 1992: April 9.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory*,
McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 19 months in bringing accused to trial owing to lack of court facilities — Whether corporation can rely on guarantee of trial within a reasonable time — If so, whether delay unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

On May 27, 1986, an employee of CIP Inc. was fatally injured in an industrial accident on the company's premises. A coroner's inquest was held in August of that year and on March 26, 1987, CIP was charged with committing an offence under the provincial *Occupational Health and Safety Act*. Both sides were ready to proceed to trial in April, but the trial was scheduled for November 10 because of a lack of court facilities. On that date the parties appeared and all witnesses were in attendance, but the case was adjourned to the next available day, May 24, 1988, owing to the carrying over of other trials. Counsel for CIP stated that it had "no choice" but to adjourn. On May 24 the trial was again adjourned to the next available date on the grounds that an already scheduled criminal matter took precedence. Counsel for CIP objected to the adjournment, claiming that the delays were in violation of his client's right to be tried within a reasonable time pursuant to s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and moved for a stay of the prosecution. The hearing of the motion was adjourned, and both the trial

* Cory J. took no part in the judgment.

CIP Inc. Appelante

c.

 Sa Majesté la Reine Intimée

et

 Le procureur général du Canada Intervenant

RÉPERTORIÉ: R. c. CIP INC.

N° du greffe: 22025.

1991: 27 juin; 1992: 9 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory*, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — En raison du manque d'installations nécessaires, 19 mois se sont écoulés avant que l'accusé ne subisse son procès — Une personne morale peut-elle invoquer le droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Dans l'affirmative, le délai en l'espèce est-il déraisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

Le 27 mai 1986, un employé de CIP Inc. a été mortellement blessé dans un accident du travail survenu dans les locaux de la société. Il y a eu enquête du coroner au mois d'août de la même année et, le 26 mars 1987, CIP a été accusée d'une infraction à la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* de la province. Les deux parties étaient prêtes à passer à l'instruction de l'affaire en avril, mais le procès a été fixé au 10 novembre en raison du manque d'installations nécessaires. À cette date, les parties ont comparu et tous les témoins étaient alors présents, mais, en raison de la remise d'autres procès, l'audition de l'affaire a été renvoyée au prochain jour disponible, soit le 24 mai 1988. L'avocat de CIP a déclaré que cette dernière [TRADUCTION] «ne pouvait faire autrement» qu'accepter l'ajournement. Le 24 mai, le procès a de nouveau été remis au prochain jour disponible au motif qu'une cause criminelle dont l'audition était déjà prévue pour cette date avait priorité. L'avocat de CIP s'est opposé à l'ajournement parce que, selon lui, les délais violaient le droit de sa cliente d'être jugée dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b) de la *Charte*

* Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

and the motion were rescheduled for October 11, 1988. The motion was argued on that date and three weeks later the Provincial Court judge granted the stay. The Crown's appeal to the District Court was allowed and the stay set aside. The Court of Appeal upheld this decision. This appeal raises the issue of whether a corporate accused can rely upon the protection afforded by s. 11(b) of the *Charter* and, if so, whether the delay in this case was unreasonable.

Held: The appeal should be dismissed.

Corporations are included in the phrase "Any person charged with an offence" and can thus rely on the protection of s. 11(b) of the *Charter*. The appellant has a legitimate interest in being tried within a reasonable time. The right to a fair trial is fundamental to our adversarial system and has been accorded constitutional protection. That protection should be extended to all accused. The societal interest also protected by s. 11(b) applies to corporate offenders as well as individual accused. To hold otherwise would be to suggest that the community is somehow less interested in seeing corporations brought to trial, and that the status of an accused can determine whether that accused is to be accorded "fair" and "just" treatment.

The factors to be taken into account in determining whether the delay was reasonable are (i) the length of the delay; (ii) waiver of time periods; (iii) the explanation for the delay; and (iv) prejudice to the accused. The 19-month period between the laying of the charge and the third trial date in this case was *prima facie* excessive. Waiver is not an issue here, and the whole of the 19-month period is to be taken into account. The main reason for the delay was the shortage of court facilities, and the Crown has the onus of justifying such systemic or institutional delay. The allowable time frame for bringing an accused charged with a regulatory offence to trial is the same as it would be in the case of a *Criminal Code* offence. The interest of an accused in the availability and reliability of substantiating evidence exists irrespective of the nature of the offence. This matter was not complex, and the appellant did not request any of the adjournments. The explanation for the delay in this case must therefore weigh against the Crown.

canadienne des droits et libertés. Il a donc demandé l'arrêt de la poursuite. L'audition de cette requête a été ajournée et le procès ainsi que l'audition de la requête ont tous les deux été remis au 11 octobre 1988. La requête a été débattue à cette dernière date et, trois semaines plus tard, le juge de la Cour provinciale y a fait droit. La Cour de district a accueilli l'appel du ministère public et a annulé l'arrêt des procédures, décision qu'a confirmée la Cour d'appel. Le pourvoi soulève la question de savoir si une personne morale inculpée peut se prévaloir de la protection offerte par l'al. 11b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si le délai en l'espèce est déraisonnable.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'expression «Tout inculpé» comprend les personnes morales, de sorte que ces dernières peuvent se prévaloir de la protection de l'al. 11b) de la *Charte*. L'appelante a légitimement intérêt à être jugée dans un délai raisonnable. Le droit à un procès équitable est fondamental dans notre système contradictoire et a été consacré dans la Constitution. Cette protection devrait être accordée à tous les inculpés. L'intérêt social que protège aussi l'al. 11b) joue aussi bien dans le cas des contrevenants qui sont des personnes morales que dans celui des particuliers inculpés. Toute autre conclusion reviendrait à dire que, pour une raison ou une autre, la collectivité tient moins à voir juger les personnes morales et que le statut d'un accusé peut être déterminant quant à savoir s'il recevra un traitement «équitable» et «juste».

Les facteurs à prendre en considération aux fins de déterminer s'il s'agit d'un délai raisonnable sont: (i) la longueur du délai, (ii) la renonciation au délai, (iii) l'explication du délai, et (iv) le préjudice subi par l'accusé. La période de 19 mois entre le moment où l'accusation a été portée et la troisième date fixée pour le procès en l'espèce est à première vue excessive. Il n'est nullement question de renonciation dans la présente affaire et il faut donc prendre en considération la totalité de la période de 19 mois. Le délai s'explique principalement par le manque d'installations nécessaires et il incombe au ministère public de justifier un tel délai systémique ou institutionnel. Le délai imparti pour la tenue du procès d'une personne inculpée d'une infraction réglementaire est le même que celui qui s'applique aux infractions au *Code criminel*. Indépendamment de la nature de l'infraction, subsiste l'intérêt pour l'accusé qu'il y ait une preuve disponible et fiable. Le présent litige n'a rien de compliqué et aucun des ajournements n'a été demandé par l'appelante. L'explication du délai en l'espèce doit en conséquence être retenue contre le ministère public.

The appellant cannot, however, rely on the presumption of prejudice to the accused resulting from the passage of time. The inference of prejudice is linked to the liberty and security interests of an accused, not the fair trial interest, and a corporate entity does not have the right to liberty and security of the person within the meaning of the *Charter*. A corporate accused must therefore be able to establish that its fair trial interest has been irremediably prejudiced. In this case the appellant has not argued an actual impairment of its ability to make full answer and defence. In the absence of some evidence of prejudice, the courts below were not in error in removing the initial trial stay.

The delay after the stay was granted on November 1, 1988 is appellate delay, and the bulk of that delay is attributable to the appellant's decision to pursue appeals. The appellant invoked the processes of which it now complains and must accept the burdens inherent in full appellate review.

Cases Cited

Considered: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, rev'g (1987), 37 C.C.C. (3d) 289; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, aff'g (1990), 55 C.C.C. (3d) 209; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, aff'g (1983), 147 D.L.R. (3d) 420, rev'g (1982), 136 D.L.R. (3d) 133; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. 741290 Ontario Inc.* (1991), 2 O.R. (3d) 336; *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); *Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *United States v. New Buffalo Amusement Corp.*, 600 F.2d 368 (1979); *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115; *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 8, 9, 10, 11(b), 12 to 14, 24.

L'appelante ne peut toutefois invoquer la présomption selon laquelle le seul écoulement du temps cause un préjudice à l'accusé. L'inférence de préjudice est liée au droit de l'accusé à la liberté et à la sécurité, non pas à son droit à un procès équitable, et une personne morale ne jouit pas du droit à la liberté et à la sécurité de la personne au sens où l'entend la *Charte*. Une personne morale inculpée doit par conséquent être en mesure d'établir qu'elle a subi un préjudice irréparable à son droit à un procès équitable. En l'espèce, l'appelante n'a pas plaidé un affaiblissement effectif de sa capacité de présenter une défense pleine et entière. En l'absence d'une preuve de préjudice, les juridictions inférieures n'ont pas fait erreur en annulant le premier arrêt des procédures.

Le délai postérieur à l'arrêt des procédures prononcé le 1^{er} novembre 1988 est attribuable à la procédure d'appel et, en grande partie, à la décision de l'appelante d'interjeter appel. C'est l'appelante qui a engagé les procédures dont elle se plaint maintenant et elle doit accepter les inconvénients inhérents à un examen complet par les tribunaux d'appel.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, inf. (1987), 37 C.C.C. (3d) 289; **arrêts mentionnés:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, conf. (1990), 55 C.C.C. (3d) 209; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, conf. (1983), 147 D.L.R. (3d) 420, inf. (1982), 136 D.L.R. (3d) 133; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. 741290 Ontario Inc.* (1991), 2 O.R. (3d) 336; *United States c. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986); *Barker c. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972); *United States c. New Buffalo Amusement Corp.*, 600 F.2d 368 (1979); *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115; *R. c. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 8, 9, 10, 11b), 12 à 14, 24.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21.
Occupational Health and Safety Act, R.S.O. 1980,
 c. 321, s. 37(2)(c).
Provincial Offences Act, R.S.O. 1980, c. 400, s. 99.
 R.R.O. 1980, Reg. 692, s. 80.
 United States Constitution, Sixth Amendment.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal affirming the judgment of Lang Dist. Ct. J. setting aside the stay granted by Foster Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

Michael L. Phelan and A. Stitt, for the appellant. c

Kenneth L. Campbell, Norman Farrell and Andrea E. Esson, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., and *R. J. Frater*, for the interveners. d

The judgment of the Court was delivered by

STEVENSON J.—This case examines the right of a corporate accused to rely upon the protection afforded by s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which reads as follows:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(b) to be tried within a reasonable time;

There are two issues to be resolved:

1. whether the appellant has a right to be tried within a reasonable time pursuant to s. 11(b); and h
2. if the appellant can rely upon s. 11(b), whether there has been unreasonable delay in the circumstances of this case. i

The appellant has also raised concerns over appellate delay and its relevance to a s. 11(b) analysis. Those concerns will be addressed in the context of the second issue. j

Constitution des États-Unis, Sixième amendement.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21.
Loi sur la santé et la sécurité au travail, L.R.O. 1980,
 ch. 321, art. 37(2)c).
 a *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980,
 ch. 400, art. 99.
 R.R.O. 1980, règl. 692, art. 80.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a confirmé la décision du juge Lang de la Cour de district, portant annulation de l'arrêt des procédures prononcé par le juge Foster de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

Michael L. Phelan et A. Stitt, pour l'appelante.

Kenneth L. Campbell, Norman Farrell et Andrea E. Esson, pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., et *R. J. Frater*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE STEVENSON—La présente espèce met en cause le droit d'une personne morale inculpée de se prévaloir de la protection offerte par l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont voici le texte:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

b) d'être jugé dans un délai raisonnable; g

Les deux questions en litige, sont de savoir:

1. si l'appelante a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b); h
2. dans l'affirmative, s'il y a un délai déraisonnable dans les circonstances de l'espèce. i

L'appelante a également soulevé des préoccupations quant au délai en appel et à sa pertinence dans le cadre d'une analyse fondée sur l'al. 11b). Ces préoccupations seront étudiées dans le contexte de la seconde question. j

Facts and Procedural History

On May 27, 1986, an employee of the appellant CIP Inc. was fatally injured in an industrial accident occurring on the appellant's premises. A coroner's inquest was held in August of that year. On March 26, 1987, the respondent Crown (Ontario's Ministry of Labour) charged the appellant and three individual employees with committing an offence contrary to the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1980, c. 321, as amended. It was alleged that the appellant had failed to ensure that the control switches or other control mechanisms on a die press were locked out, in violation of s. 80 of R.R.O. 1980, Reg. 692. Summonses were issued that same day.

Both sides were ready to proceed to trial after April 15, 1987. The matter was not exceedingly complex and it was estimated that the trial would take a half day or a maximum one day of court time. The trial was nonetheless scheduled for November 10, 1987 because of a lack of court facilities. It was to be heard before a judge of the Ontario Provincial Court (Criminal Division) sitting as a judge of the Provincial Offences Court.

Both parties appeared on November 10 and all witnesses were in attendance. However, the case was adjourned to the next available day (May 24, 1988) due to the carrying over of other trials. Counsel for the appellant stated that the appellant had "no choice" but to adjourn.

On May 24, 1988, the trial was again adjourned to the next available day on grounds that an already scheduled criminal matter took precedence. Counsel for the appellant objected to the adjournment, claiming that the delays were in violation of his client's right to be tried within a reasonable time pursuant to s. 11(b) of the *Charter*. He moved that the prosecution be stayed. Belobradic Prov. Ct. J. adjourned the hearing of that motion. Both the trial and the motion were

Les faits et la procédure

Le 27 mai 1986, un employé de l'appelante CIP Inc. a été mortellement blessé dans un accident du travail survenu dans les locaux de l'appelante. Il y a eu enquête du coroner au mois d'août de la même année. Le 26 mars 1987, l'intimée (par l'intermédiaire du ministère du Travail de l'Ontario) a accusé l'appelante et trois de ses employés d'avoir commis une infraction à la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1980, ch. 321, modifiée. On reprochait à l'appelante d'avoir omis de s'assurer que les interrupteurs de commande ou autres mécanismes de commande d'une presse à matricer étaient immobilisés en position fermée, ce qui constituait une contravention à l'art. 80 du règl. 692, R.R.O. 1980. Des sommations ont été lancées le jour même.

Après le 15 avril 1987, les deux parties étaient prêtes à passer à l'instruction de l'affaire. Comme celle-ci n'était pas très compliquée, on estimait à une demi-journée ou à une journée tout au plus la durée de l'audience. Le procès a néanmoins été fixé au 10 novembre 1987 en raison du manque d'installations nécessaires. Il devait se dérouler devant un juge de la Cour provinciale de l'Ontario (Division criminelle) siégeant en qualité de juge de la Cour des infractions provinciales.

Les deux parties ont comparu le 10 novembre et tous les témoins étaient alors présents. Toutefois, en raison de la remise à cette date d'autres procès, l'audition de l'affaire a été renvoyée au prochain jour disponible (le 24 mai 1988). L'avocat de l'appelante a déclaré que cette dernière [TRADUCTION] «ne pouvait faire autrement» qu'accepter l'ajournement.

Le 24 mai 1988, le procès a de nouveau été remis au prochain jour disponible au motif qu'une cause criminelle dont l'audition était déjà prévue pour cette date avait priorité. L'avocat de l'appelante s'est opposé à l'ajournement parce que, selon lui, les délais violaient le droit de sa cliente d'être jugée dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b) de la *Charte*. Il a donc demandé l'arrêt de la poursuite. L'audition de cette requête a été ajournée par le juge Belobradic de la Cour provin-

rescheduled for October 11, 1988. On that same day (May 24), the charges against the three individual employees were withdrawn.

The motion for a stay was fully argued on the new date before Foster Prov. Ct. J. Judgment was reserved until November 1, 1988, at which point the stay was granted on grounds that the delay was excessive and unreasonable.

The respondent appealed that decision pursuant to s. 99 of the *Provincial Offences Act*, R.S.O. 1980, c. 400, as amended. The appeal was heard by Lang Dist. Ct. J. on May 25, 1989. Judgment was delivered the same afternoon. The appeal was allowed and the stay set aside. Lang Dist. Ct. J. ordered that the trial proceed on an expedited basis.

The appellant was granted leave to appeal that decision to the Court of Appeal for Ontario by Zuber J.A. on July 5, 1989. It was ordered that the appeal proceed on an expedited basis. The appellant filed all of its material by August 11, 1989. The appeal was scheduled to be heard on May 29, 1990. It was dismissed by the Court of Appeal on May 30, 1990.

The appellant then applied for leave to appeal the Court of Appeal decision to this Court. It filed all of its material by August 2, 1990. On October 17, 1990, counsel for the respondent served the appellant with a notice of motion to extend the time for filing a reply to the leave application. The appellant consented to the motion on the condition that the respondent bring its motion at the earliest available opportunity and that the respondent serve and file its materials without delay. The respondent served its materials on the appellant on October 26, 1990.

Leave to appeal to this Court was granted on January 25, 1991.

ciale. Le procès ainsi que l'audition de la requête ont tous les deux été remis au 11 octobre 1988. Toujours le 24 mai, les accusations portées contre les trois employés ont été retirées.

La requête en arrêt des procédures a été pleinement débattue, à la nouvelle date, devant le juge Foster de la Cour provinciale, qui a remis le jugement au 1^{er} novembre 1988, date à laquelle il a accordé l'arrêt des procédures en raison du caractère excessif et déraisonnable du délai.

L'intimée a interjeté appel de cette décision en vertu de l'art. 99 de la *Loi sur les infractions provinciales*, L.R.O. 1980, ch. 400, modifiée. L'appel a été entendu par le juge Lang de la Cour de district le 25 mai 1989. Le jugement, rendu le même jour en après-midi, accueillait l'appel et annulait l'arrêt des procédures. Le juge Lang a ordonné la tenue rapide d'un procès.

Le 5 juillet 1989, l'appelante a reçu du juge Zuber l'autorisation de porter cette décision en appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. Le juge Zuber a ordonné que l'appel soit entendu promptement. Dès le 11 août 1989, tous les documents de l'appelante avaient été produits. L'appel, dont l'audition était prévue pour le 29 mai 1990, a été rejeté par la Cour d'appel le 30 mai 1990.

L'appelante a ensuite demandé l'autorisation de saisir notre Cour d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel. Le 2 août 1990, elle avait produit la totalité de ses documents. Le 17 octobre 1990, l'avocat de l'intimée a signifié à l'appelante un avis de requête visant à faire reporter le délai pour le dépôt d'une réponse à la demande d'autorisation. L'appelante a donné son consentement à la requête à condition que l'intimée la présente à la première occasion et qu'elle signifie et produise ses documents sans délai. L'intimée les a signifiés à l'appelante le 26 octobre 1990.

L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a été accordée le 25 janvier 1991.

Judgments Below1. *Ontario Provincial Court (Criminal Division)*

Foster Prov. Ct. J. found that the main reason for the delay in bringing the appellant to trial was the shortage of court facilities. He nonetheless concluded that "bringing into consideration all the circumstances", the delay was excessive and unreasonable. Foster Prov. Ct. J. held that the right of the appellant as a "Corporate person" to be tried within a reasonable time had therefore been infringed. He ordered that the proceedings be stayed.

2. *District Court of Ontario*

Lang Dist. Ct. J. acknowledged that the 19-month delay between the laying of the charge and the third trial date resulted solely from the lack of court facilities, a "systemic failure in the system". In rendering her decision, she took into account the following factors:

(1) both counsel were ready to proceed to trial after April 15, 1987;

(2) the delay in the trial was through no misconduct on the part of either the crown or defence but was solely due to the lack of court facilities to hear the matter;

(3) the matter was a serious charge in that there was a fatality;

(4) the matter involved concerns of the employees and the reputation of the Corporation;

(5) the matter was not an exceedingly complex one as it was estimated to take a half day or the maximum one day of court time;

(6) the Corporation does not argue that it was actually prejudiced by the delay;

(7) there was a five day inquest arising out of the same incident;

(8) on the first trial date adjournment, the Corporation stated that it had "No choice" but to adjourn;

Les jugements des juridictions inférieures1. *Cour provinciale de l'Ontario (Division criminelle)*

a

Le juge Foster de la Cour provinciale a conclu que c'était surtout à cause du manque d'installations nécessaires que l'appelante a dû attendre si longtemps pour être jugée. Il a décidé néanmoins que, [TRADUCTION] «compte tenu des circonstances», le délai était excessif et déraisonnable. En conséquence, a statué le juge Foster, l'appelante en tant que [TRADUCTION] «personne morale» avait été lésée dans son droit d'être jugée dans un délai raisonnable. Il a donc ordonné l'arrêt des procédures.

b

c

2. *Cour de district de l'Ontario*

d

Le juge Lang de la Cour de district a reconnu que le délai de 19 mois entre l'inculpation et la troisième date fixée pour le procès résultait uniquement du manque de salles d'audience, c'est-à-dire d'une [TRADUCTION] «défaillance systémique». En rendant sa décision, elle a tenu compte des facteurs suivants:

e

f

g

h

i

j

k

l

m

n

o

p

q

r

s

t

[TRADUCTION] (1) les deux avocats étaient prêts à passer à l'étape de l'instruction après le 15 avril 1987;

(2) le délai pour la tenue du procès n'a résulté d'aucune faute de la part du ministère public ou de la défense, mais était uniquement imputable au manque d'installations pouvant être utilisées pour l'audition de l'affaire;

(3) il s'agit en l'occurrence d'une accusation grave, du fait qu'une personne est morte;

(4) l'affaire met en cause les préoccupations des employés ainsi que la réputation de la société;

(5) l'affaire n'est pas très compliquée puisque la durée de l'audience a été estimée à une demi-journée ou à une journée tout au plus;

(6) la société ne prétend pas avoir subi un préjudice réel en raison de la longueur du délai;

(7) le même incident a fait l'objet d'une enquête d'une durée de cinq jours;

(8) lors du premier ajournement du procès, la société a dit qu'elle «ne pouvait faire autrement» qu'y acquiescer;

(9) and on the second trial date it objected strenuously and notified the court of its intent to argue delay and in fact, did so on the next available date;

(10) it is now almost three years to the day since the fatality occurred and over two years since the charge was laid.

Lang Dist. Ct. J. was referred by counsel to the decisions of this Court in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588. She considered herself bound by the decision of Grange J.A. of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289, in which those two decisions were considered and a specific framework adopted for unreasonable delay applications. She noted the four factors to be taken into account: (1) the length of the delay; (2) the reasons for the delay; (3) the defendant's assertion of his or her right (or waiver); and (4) prejudice to the defendant.

Lang Dist. Ct. J. agreed with the motions judge that the delay of 19 months was *prima facie* excessive. She further acknowledged that "[p]rejudice can be inferred or presumed from such a delay and need not be actually proven". Lang Dist. Ct. J. nonetheless opined that while a corporation "no doubt can suffer anxiety" from the stress of charges such as those laid in this case, it is not "naturally subject" to the same stresses that would be suffered by an individual accused. In her view, while the motions judge "gave great care to his decision", he nonetheless "erred in principle" in granting a stay. Lang Dist. Ct. J. concluded with the following:

Given the systemic delays inherent in our court system, one must still consider the importance of this type of case and in particular, the importance of safe work standards for employees.

The respondent's appeal was allowed and the matter referred back to the Provincial Court for a hearing "to be heard as soon as possible".

(9) à la deuxième date fixée pour le procès, elle s'est vigoureusement opposée au nouvel ajournement et a signalé à la cour son intention de plaider le délai, ce qu'elle a fait à la prochaine date fixée;

(10) presque trois ans se sont maintenant écoulés depuis la mort accidentelle en cause et plus de deux ans depuis l'inculpation.

Les avocats ont attiré l'attention du juge Lang sur les arrêts de notre Cour *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588. Le juge Lang s'est considérée liée par la décision du juge Grange de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Askov* (1987), 37 C.C.C. (3d) 289, dans laquelle les deux premiers arrêts ont été examinés et un cadre précis a été adopté pour les requêtes alléguant un délai déraisonnable. Elle a énuméré les quatre facteurs à retenir: (1) la longueur du délai, (2) les raisons de celui-ci, (3) le fait que le défendeur a invoqué son droit (ou y a renoncé), et (4) le préjudice subi par le défendeur.

Comme le juge des requêtes, le juge Lang a estimé que le délai de 19 mois était à première vue excessif. Elle a en outre convenu que [TRADUCTION] «[u]n tel délai fait naître une inférence ou une présomption de préjudice, et celui-ci n'a pas véritablement à être prouvé». Toutefois, selon le juge Lang, bien qu'une personne morale puisse [TRADUCTION] «sans doute éprouver de l'anxiété» engendrée par des accusations comme celles portées en l'espèce, [TRADUCTION] «de par sa nature, elle n'est pas en proie» aux inquiétudes que connaîtrait un particulier accusé. À son avis, si le juge des requêtes [TRADUCTION] «a apporté beaucoup de soin à sa décision», il a néanmoins [TRADUCTION] «commis une erreur de principe» en arrêtant les procédures. Le juge Lang a affirmé en conclusion:

[TRADUCTION] Étant donné les délais systémiques inhérents au fonctionnement de nos tribunaux, il faut encore prendre en considération l'importance de ce genre de cause et, en particulier, l'importance d'avoir des normes de travail propres à assurer la sécurité des employés.

L'appel de l'intimée a été accueilli et l'affaire renvoyée à la Cour provinciale pour qu'elle [TRADUCTION] «l'entende dans les plus brefs délais».

3. Court of Appeal for Ontario

The Court of Appeal stated that in light of its reasons for judgment in *R. v. Morin* (1990), 55 C.C.C. (3d) 209, it was unable to find any error on the part of Lang Dist. Ct. J. in concluding that the appellant's s. 11(b) *Charter* right had not been infringed. The appeal was dismissed and the court ordered that the outstanding charges against the appellant be dealt with at the "earliest possible date".

Analysis

R. v. Morin is itself under appeal to this Court, and judgment was delivered March 26, 1992: [1992] 1 S.C.R. 771. It is therefore necessary to review the issues raised below in light of that ruling.

1. Does a Corporate Accused Have the Right to be Tried Within a Reasonable Time Pursuant to s. 11(b) of the Charter?

The respondent submits that because of its corporate status, the appellant has very limited recourse to the *Charter*. It contends that the appellant can invoke s. 11(b) only if it does so for the purpose set out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, in which this Court held that a corporate accused can rely upon the *Charter* when challenging the constitutional validity of the statute under which it has been charged. The majority stated that in those situations, "[i]t is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue" (p. 314).

In support of its position, the respondent points to the subsequent decision of *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, in which the corporate respondent was precluded, in the absence of penal proceedings, from asserting an infringement of the right to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7 of the *Charter*. Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. stated the following at p. 1004:

"Everyone" then, must be read in light of the rest of the section and defined to exclude corporations and other

3. Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel dit que, vu les motifs de son arrêt *R. c. Morin* (1990), 55 C.C.C. (3d) 209, elle ne peut conclure que c'est à tort que le juge Lang a décidé que l'appelante n'a subi aucune atteinte au droit que lui reconnaît l'al. 11b) de la *Charte*. L'appel a été rejeté et la cour a ordonné que les accusations pendantes contre l'appelante soient instruites [TRADUCTION] «à la première date possible».

Analyse

L'arrêt *R. c. Morin* a fait lui-même l'objet d'un pourvoi devant notre Cour et le jugement a été rendu le 26 mars 1992: [1992] 1 R.C.S. 771. Il est donc nécessaire, d'examiner les questions soulevées ci-dessous à la lumière de cet arrêt.

1. La personne morale accusée jouit-elle du droit d'être jugée dans un délai raisonnable conformément à l'al. 11b) de la Charte?

L'intimée soutient qu'en raison de sa qualité de personne morale, les possibilités qu'a l'appelante de recourir à la *Charte* sont fort restreintes. Elle prétend en effet que l'appelante ne peut invoquer l'al. 11b) que pour la fin énoncée dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, dans lequel notre Cour a statué qu'une personne morale qui est accusée d'une infraction peut se prévaloir de la *Charte* pour contester la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle elle a été accusée. D'après les juges majoritaires, dans ces situations «[c]'est la nature de la loi, et non pas le statut de l'accusé, qui est en question» (p. 314).

Au soutien de sa thèse, l'intimée invoque l'arrêt subséquent *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, dans lequel, en l'absence de procédures pénales, la société intimée s'est vu refuser la possibilité d'alléguer l'atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson disent, à la p. 1004:

Le terme «chacun» doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et

artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include only human beings. [Emphasis added.]

In my opinion, the respondent's argument on this first issue overlooks the generally accepted contextual and purposive approach to *Charter* analysis. In *Irwin Toy Ltd.*, it was not the absence of penal proceedings *per se* that precluded the respondent corporation from invoking s. 7. Rather, the Court focused on the language of the right in combination with the nature of the specific interests embodied therein, and concluded that in that context, s. 7 could not logically apply to corporate entities. I do not read that decision as ruling out the possibility of corporations asserting other *Charter* guarantees. On the contrary, *Irwin Toy Ltd.* went only so far as to establish an appropriate analytical framework: whether or not a corporate entity can invoke a *Charter* right will depend upon whether it can establish that it has an interest falling within the scope of the guarantee, and one which accords with the purpose of that provision.

That was the approach taken by this Court in *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, where it held that a corporation cannot be a witness and therefore cannot come within s. 11(c) of the *Charter*. Sopinka J. (on behalf of the Court) stated the following at p. 40:

Applying a purposive interpretation to s. 11(c), I am of the opinion that it was intended to protect the individual against the affront to dignity and privacy inherent in a practice which enables the prosecution to force the person charged to supply the evidence out of his or her own mouth. [Emphasis added.]

It is worth noting that in *Amway Corp.*, Sopinka J. was not prepared to assume that under no circumstances could a corporation avail itself of the s. 11 guarantees (at p. 37).

In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, the appellant corporation was found to have unjustly dismissed the respondent employee. An adjudicator ordered, pursuant

autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains. [Je souligne.]

À mon avis, l'argument avancé par l'intimée sur cette première question fait abstraction de la méthode généralement acceptée d'analyse de la *Charte*, c'est-à-dire l'analyse en fonction du contexte et de l'objet. Dans l'affaire *Irwin Toy Ltd.*, ce n'était pas l'absence de procédures pénales en soi qui venait empêcher la société intimée d'invoquer l'art. 7. La Cour s'est arrêtée plutôt à la formulation du droit ainsi qu'à la nature des intérêts précis qu'il englobe, pour conclure que dans ce contexte, l'art. 7 ne pouvait en toute logique s'appliquer aux personnes morales. Or, je ne vois pas cet arrêt comme écartant la possibilité que les personnes morales puissent invoquer d'autres garanties énoncées dans la *Charte*. Au contraire, l'arrêt *Irwin Toy Ltd.* se borne à l'établissement d'un cadre analytique approprié: pour qu'une personne morale puisse faire valoir un droit conféré par la *Charte*, il faut qu'elle prouve qu'elle a un intérêt qui est compris dans la portée de la garantie et qui s'accorde avec l'objet de la disposition.

C'est la méthode adoptée dans l'arrêt *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, où notre Cour a dit qu'une personne morale ne peut être un témoin et ne peut donc être visée par l'al. 11c) de la *Charte*. Le juge Sopinka (au nom de la Cour) écrit, à la p. 40:

Appliquant à l'al. 11c) une interprétation fondée sur l'objet visé, je suis d'avis que cette disposition vise à protéger l'individu contre toute atteinte à sa dignité et à sa vie privée, inhérente à une pratique qui permet à la poursuite d'obliger la personne inculpée à témoigner elle-même. [Je souligne.]

Il convient de remarquer que, dans l'arrêt *Amway Corp.*, le juge Sopinka n'était pas disposé à tenir pour acquis qu'une société ne pourrait dans aucune circonstance se prévaloir des garanties énoncées à l'art. 11 (à la p. 37).

Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, il a été jugé que la société appelante avait injustement renvoyé l'employé intimé. Un arbitre a ordonné à l'appe-

to s. 61.5(9)(c) of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, as amended, that the appellant provide the respondent with a letter of recommendation containing certain facts. It was also ordered that the appellant be prohibited from answering a request for information about the respondent except by sending the letter of recommendation. One of the issues raised before this Court was whether that prohibition infringed the corporate employer's freedom of expression contrary to s. 2(b) of the *Charter*. This Court held that it did (*per* Dickson C.J. on behalf of the majority, at p. 1050):

Adjudicator Joliffe's order that Slight Communications Inc. answer any reference inquiry exclusively by sending the specified letter is an infringement of s. 2(b) freedom of expression. The government is attempting to prevent Q107 from expressing its opinion as to the qualifications of Mr. Davidson beyond the facts set out in the letter. [Emphasis added.]

The prohibition was ultimately held saved by s. 1 of the *Charter*, but for the purposes of this case, that is of little significance. What is of importance here is the fact that the corporate appellant was unanimously recognized as having the right to invoke s. 2(b) in circumstances other than those set out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* No one took issue with the appellant's standing. Beetz J. (dissenting) stated the following at p. 1064:

I would not like it to be thought that I condone the highly reprehensible conduct of the appellant. But under the *Charter*, freedom of opinion and freedom of expression are guaranteed to "everyone", employers and employees alike, irrespective of their labour practices and of their bargaining power.

Lamer J. (as he then was), dissenting in part, agreed (at p. 1080) that:

The order directing appellant to give respondent a letter containing certain objective facts in my opinion unquestionably limits appellant's freedom of expression.

A second argument put forward by the respondent is based on the connection between s. 7 and

lante, en vertu de l'al. 61.5(9)(c) du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, modifié, de fournir à l'intimé une lettre de recommandation exposant certains faits. Il a en outre interdit à l'appelante de répondre à une demande de renseignements concernant l'intimé, si ce n'était par l'envoi de cette lettre. Parmi les questions soulevées devant notre Cour figurait celle de savoir si cette interdiction portait atteinte à la liberté d'expression de la société employeur et violait en conséquence l'al. 2b) de la *Charte*. Notre Cour a répondu par l'affirmative (le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, à la p. 1050):

L'ordonnance de l'arbitre Joliffe qui enjoignait à Slight Communications Inc. de répondre aux demandes de renseignements exclusivement en envoyant la lettre à contenu spécifié viole la liberté d'expression garantie à l'al. 2b). Le gouvernement tente d'empêcher Q107 de pousser l'expression de son opinion quant aux qualifications de M. Davidson au-delà des faits énoncés dans la lettre. [Je souligne.]

La Cour a décidé en définitive que l'interdiction était sauvegardée par l'article premier de la *Charte* mais, aux fins de la présente espèce, cela importe peu. L'important à nos fins est que la société appelante a été unanimement reconnu comme jouissant du droit d'invoquer l'al. 2b) dans des circonstances autres que celles énoncées dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* Personne ne contestait la qualité de l'appelante à cet égard. Le juge Beetz (dissident) affirme, à la p. 1064:

Je ne voudrais pas qu'on croie que je ferme les yeux sur le comportement extrêmement répréhensible de l'appelante. Mais en vertu de la *Charte*, les libertés d'opinion et d'expression sont garanties à «chacun», employeurs comme employés, sans tenir compte de leurs pratiques de travail et de leur pouvoir de négociation.

Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), dissident en partie, dit, à la p. 1080:

L'ordonnance enjoignant à l'appelante de remettre à l'intimé une lettre comportant certaines données objectives restreint, selon moi, incontestablement la liberté d'expression de l'appelante.

Un second argument avancé par l'intimée repose sur le lien qui existe entre l'art. 7 et les art. 8 à 14

ss. 8 through 14 of the *Charter*. The respondent relies upon *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, for the proposition that s. 11(b) is simply illustrative of a specific s. 7 deprivation, and contends that the scope of the right can therefore be no greater than that of the s. 7 guarantee. In other words, if a corporation cannot rely upon s. 7 pursuant to *Irwin Toy Ltd.*, it stands to reason that it also cannot invoke s. 11(b). It is true that in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, Lamer J. (as he then was), on behalf of the majority, was of the view that it would be “incongruous to interpret s. 7 more narrowly than the rights in ss. 8 to 14” of the *Charter* (at p. 502). He saw the latter (at p. 502) as:

... examples of instances in which the “right” to life, liberty and security of the person would be violated in a manner which is not in accordance with the principles of fundamental justice.

However, the concern over incongruity related to the scope of the principles of fundamental justice, not that of life, liberty and security of the person. Establishing a deprivation of life, liberty or security of the person is not a prerequisite to relying upon the protection afforded through ss. 8 to 14. Section 7 does not define the scope of the rights contained in the provisions that follow it. A clear example of that is the right of a witness to the assistance of an interpreter as provided for in s. 14. In my opinion, it is therefore not inconsistent with *Re B.C. Motor Vehicle Act* to hold that s. 11(b) can encompass interests in addition to those that have been recognized as falling within s. 7.

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, a corporation applied for an interim injunction to prevent a search of its premises made pursuant to the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23. As one of the bases for its application, the plaintiff invoked the right to be secure against unreasonable search or seizure enshrined in s. 8 of the *Charter*. The trial judge held that the word “everyone” in the context of s. 8 includes “all

de la *Charte*. S'appuyant sur le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, l'intimée fait valoir que l'al. 11b) n'est rien d'autre qu'un exemple concret d'une atteinte visée à l'art. 7 et que le droit en question ne peut avoir une portée plus large que celle de la garantie établie à l'art. 7. En d'autres termes, si, par suite de l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*, une personne morale ne saurait se prévaloir de l'art. 7, il s'ensuit logiquement qu'elle ne peut pas non plus invoquer l'al. 11b). Il est vrai que dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le juge Lamer (maintenant juge en chef), au nom de la majorité, a estimé qu'il serait «absurde d'interpréter l'art. 7 de façon plus étroite que les droits garantis aux art. 8 à 14» de la *Charte* (à la p. 502). D'après lui (à la p. 502), ces derniers articles représentent des:

... exemples de cas où il y aurait atteinte au «droit» à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale.

La préoccupation relative à l'absurdité concernait cependant la portée des principes de justice fondamentale et non pas celle du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire, pour pouvoir invoquer la protection offerte par les art. 8 à 14, d'établir une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. L'article 7 ne précise pas la portée des droits énoncés dans les dispositions qui le suivent. Un exemple clair est le droit à l'assistance d'un interprète que l'art. 14 reconnaît à un témoin. J'estime donc qu'on ne va nullement à l'encontre du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* en concluant que l'al. 11b) peut englober d'autres intérêts que ceux qui ont été reconnus comme relevant de l'art. 7.

Dans l'affaire *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, une personne morale a demandé une injonction provisoire visant à empêcher une perquisition qui allait être effectuée dans ses locaux en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23. La demanderesse fondait sa requête notamment sur le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, garanti à l'art. 8 de la *Charte*.

human beings and all entities that are capable of enjoying the benefit of security against unreasonable search”, but nonetheless dismissed the application (*Southam Inc. v. Hunter* (1982), 136 D.L.R. (3d) 133, at p. 141, emphasis added). The Alberta Court of Appeal allowed the corporation’s appeal, holding that the statutory provisions authorizing the search were inconsistent with s. 8 of the *Charter* (*Southam Inc. v. Hunter* (1983), 147 D.L.R. (3d) 420, at p. 437). That decision was unanimously affirmed by this Court. Neither the Court of Appeal nor this Court took issue with the noted conclusion of the trial judge.

It should be kept in mind that “person” includes a corporation under the general provisions of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21. We must also remember that corporate criminal liability is essentially vicarious liability based upon the acts and omissions of individuals: “a corporation may only act through agents ” (*Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662, at p. 675). Extending *Charter* guarantees to corporations will, in some circumstances, afford a measure of protection to those individuals. See *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, *per* La Forest J. at pp. 521-22.

In *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, this Court examined the purpose and scope of the right to be tried within a reasonable time. Cory J. (on behalf of the majority) held that “the primary aim of s. 11(b) is the protection of the individual’s rights and the provision of fundamental justice for the accused” (p. 1219). Section 11(b) protects the right to security of the person, the right to liberty and the right to a fair trial. With respect to the latter of those three, Cory J. noted the following at p. 1220:

Le juge de première instance a dit que, dans le contexte de l’art. 8, le mot «chacun» comprend [TRADUCTION] «tous les êtres humains et toutes les entités pouvant bénéficier de la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives». Il a pourtant rejeté la requête (*Southam Inc. c. Hunter* (1982), 136 D.L.R. (3d) 133, à la p. 141, je souligne). La Cour d’appel de l’Alberta a accueilli l’appel de la personne morale et a statué que les dispositions législatives autorisant la perquisition étaient incompatibles avec l’art. 8 de la *Charte* (*Southam Inc. c. Hunter* (1983), 147 D.L.R. (3d) 420, à la p. 437). Notre cour a confirmé cet arrêt à l’unanimité. Ni la Cour d’appel ni notre Cour n’a trouvé à redire à la conclusion susmentionnée du premier juge.

Il ne faut pas oublier que «personne» s’entend d’une personne morale aux termes des dispositions générales de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21. Il faut se rappeler aussi que la responsabilité criminelle d’une personne morale est essentiellement une responsabilité du fait d’autrui, découlant d’actes et d’omissions de particuliers: «une compagnie peut agir seulement par l’intermédiaire de ses représentants» (*Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, à la p. 675). Permettre aux personnes morales de se prévaloir des garanties de la *Charte* fera bénéficier ces particuliers d’un certain degré de protection dans certaines circonstances. Voir *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest, aux pp. 521 et 522.

Dans l’arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, notre Cour a examiné l’objet et la portée du droit d’être jugé dans un délai raisonnable. Le juge Cory (au nom de la majorité) a dit que «le but premier de l’al. 11b) [est] la protection des droits individuels et la prestation de la justice fondamentale aux accusés» (p. 1219). L’alinéa 11b) protège le droit à la sécurité de la personne, le droit à la liberté et le droit à un procès équitable. En ce qui concerne ce dernier, le juge Cory fait les observations suivantes, à la p. 1220:

There can be no doubt that memories fade with time. Witnesses are likely to be more reliable testifying to events in the immediate past as opposed to events that transpired many months or even years before the trial. Not only is there an erosion of the witnesses' memory with the passage of time, but there is bound to be an erosion of the witnesses themselves. Witnesses are people; they are moved out of the country by their employer; or for reasons related to family or work they move from the east coast to the west coast; they become sick and unable to testify in court; they are involved in debilitating accidents; they die and their testimony is forever lost.

In making those comments, Cory J. aligned himself with the position of Wilson J. in *Mills v. The Queen, supra*, where she stated (at p. 968) that:

... one of the more significant forms of impairment which can flow from delay in bringing an accused to trial is its impact on the accused's ability to make full answer and defence to the charge. [Emphasis added.]

See also *R. v. Rahey, supra*, per Wilson J. at p. 622, and per La Forest J. at pp. 643-44.

The *Occupational Health and Safety Act*, under which the appellant is charged, provides pursuant to s. 37(2)(c) that it "shall be a defence for the accused to prove that every precaution reasonable in the circumstances was taken". The availability of witnesses and the reliability of their testimony could have a significant impact upon the appellant's ability to put forward that defence. I am of the view that the appellant has a legitimate interest in being tried within a reasonable time. The right to a fair trial is fundamental to our adversarial system. Parliament has seen fit to accord that right constitutional protection. I can find no principled reason for not extending that protection to all accused. To that end, I find apposite the comments of MacDonnell Prov. Div. J. in *R. v. 741290 Ontario Inc.* (1991), 2 O.R. (3d) 336, at pp. 351-52:

Any accused, corporate or human, can be denied full answer and defence by reason of delay. A corporation is just as vulnerable to the deterioration of recollection which can prejudice any person on trial for an offence.

Il n'y a pas de doute que le souvenir des événements s'estompe avec le temps. Les témoins sont probablement plus fiables quand ils parlent d'événements récents plutôt que d'événements survenus plusieurs mois, voire plusieurs années, avant le procès. Le temps peut éroder non seulement la mémoire des témoins, mais aussi les témoins eux-mêmes. Les témoins sont des gens ordinaires; leur employeur peut les muter à l'étranger, leur emploi ou leur situation de famille peuvent les amener à aller vivre à l'autre bout du pays; ils peuvent tomber malades et être incapables de témoigner; ils peuvent subir des accidents graves; ils peuvent mourir et leur déposition être perdue à tout jamais.

Le juge Cory s'aligne par là sur la position qu'a prise le juge Wilson dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, où elle affirme, à la p. 968:

... l'une des plus graves formes de violation pouvant résulter du délai mis à faire subir un procès par un inculpé est l'effet que ce délai peut avoir sur la possibilité pour l'inculpé d'opposer à l'accusation une réponse et une défense complètes. [Je souligne.]

Voir aussi *R. c. Rahey*, précité, le juge Wilson, à la p. 622, et le juge La Forest, aux pp. 643 et 644.

La *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, en vertu de laquelle l'appelante a été inculpée, dispose à son al. 37(2)c) que «[l]a preuve, par l'accusé, que toutes les précautions raisonnables dans les circonstances ont été prises constitue un moyen de défense valable». La disponibilité des témoins et la crédibilité de leurs témoignages pourraient influencer fortement sur la capacité de l'appelante d'avancer un tel moyen de défense. Pour ma part, j'estime que l'appelante a légitimement intérêt à être jugée dans un délai raisonnable. Le droit à un procès équitable est fondamental dans notre système contradictoire. Le législateur a jugé opportun de consacrer ce droit dans la Constitution et je ne connais aucun principe qui puisse justifier le refus d'accorder cette même protection à tous les inculpés. Je tiens pour pertinentes les observations faites par le juge MacDonnell de la Division provinciale dans l'affaire *R. c. 741290 Ontario Inc.* (1991), 2 O.R. (3d) 336, aux pp. 351 et 352:

[TRADUCTION] Le délai peut faire perdre à tout accusé, qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne physique, la possibilité de présenter une défense pleine et entière. Une personne morale, au même titre que

Its witnesses, like those of any accused, can die, move away, or disappear. If, as seems clear, the right of an accused to make full answer and defence is a fundamental principle of the Canadian system of justice, and if that system regards corporations as being susceptible to the same criminal process as humans, it would seem to follow that protection of the fairness of a corporation's trial is a concern which is well within . . . s. 11(b).

In the United States, the right to be tried within a reasonable time is constitutionally entrenched in the speedy trial clause of the Sixth Amendment: "[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial . . ." (as cited in *United States v. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), at p. 304). The purpose of that right is three-fold:

. . . (i) to prevent oppressive pretrial incarceration; (ii) to minimize anxiety and concern of the accused; and (iii) to limit the possibility that the defense will be impaired. [Emphasis added.]

(*Barker v. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), at p. 532.)

In *United States v. New Buffalo Amusement Corp.*, 600 F.2d 368 (1979), two of the three accused were corporations. One was charged with knowingly using a common carrier for carriage in interstate commerce of an obscene film contrary to 18 U.S.C. § 1462, and the other with knowingly taking the film from the carrier (at p. 372). Both were convicted at trial. On appeal, they alleged a denial of their right to a speedy trial. The United States Court of Appeals (Second Circuit) held that the appellants' Sixth Amendment right had been violated, and reversed the convictions with instructions to dismiss the indictment (at p. 380). Fifty-four months had passed between the indictment and the date of trial, the bulk of which was "chargeable to the government's inaction . . . overcrowded dockets . . . and the trial court's failure to rule expeditiously on appellants' motions" (at p. 377). An uncontradicted affidavit filed with the court established that certain witnesses could no

n'importe quelle autre personne qui subit un procès, est exposée au risque de préjudice que présentent les souvenirs qui s'estompent. Tout comme ceux d'un autre accusé, les témoins peuvent mourir, déménager ou disparaître. Si — et cela paraît indubitable — le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière est un principe fondamental du système canadien de justice, et si dans ce système on considère que le processus criminel applicable aux personnes morales est celui-là même qui s'applique aux personnes physiques, il semblerait en découler que le souci d'assurer le caractère équitable du procès d'une personne morale relève bien [. . .] de l'al. 11b).

Aux États-Unis, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est garanti par la clause du Sixième amendement de la Constitution prévoyant que [TRADUCTION] «[d]ans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit à un jugement prompt et public . . .» (cité dans l'affaire *United States c. Loud Hawk*, 474 U.S. 302 (1986), à la p. 304). Ce droit a une triple raison d'être:

[TRADUCTION] . . . (i) empêcher une incarcération oppressive avant le procès; (ii) atténuer l'angoisse et les inquiétudes du prévenu; (iii) limiter la possibilité d'atteinte aux droits de la défense. [Je souligne.]

(*Barker c. Wingo*, 407 U.S. 514 (1972), à la p. 532.)

Dans l'affaire *United States c. New Buffalo Amusement Corp.*, 600 F.2d 368 (1979), sur les trois inculpés deux étaient des personnes morales. L'une de ces dernières était accusée d'avoir sciemment eu recours à un transporteur public pour assurer le transport d'un film obscène dans le commerce entre États, ce qui constituait une infraction à l'art. 1462 de 18 U.S.C.; l'autre devait répondre à une accusation d'avoir sciemment reçu le film du transporteur (à la p. 372). Les deux ont été reconnues coupables au procès. En appel, elles ont plaidé la négation de leur droit à la tenue rapide d'un procès. La Cour d'appel des États-Unis (*Second Circuit*) a conclu à la violation du droit dont jouissaient les appelantes aux termes du Sixième amendement et a annulé les déclarations de culpabilité, ordonnant en même temps le rejet de l'acte d'accusation (à la p. 380). Cinquante-quatre mois s'étaient écoulés entre la mise en accusation et la date du procès, délai dont la majeure

longer be located (at p. 379). There was also expert evidence indicating that public attitudes toward sexually explicit films had changed since the time of the indictment to the detriment of the appellants (at p. 379). On those bases, the majority concluded that the appellants' ability to present a defence had been impaired by the delay. In so ruling, the court implicitly accepted the application of the speedy trial right to corporate entities.

Cory J. was also of the view in *Askov* (at pp. 1219-20) that there is a "community or societal interest" in s. 11(b):

That community interest has a dual dimension. First, there is a collective interest in ensuring that those who transgress the law are brought to trial and dealt with according to the law. Second, those individuals on trial must be treated fairly and justly. Speedy trials strengthen both those aspects of the community interest.

In his opinion (at p. 1221):

... it is fair to say that all crime disturbs the community and that serious crime alarms the community. All members of the community are thus entitled to see that the justice system works fairly, efficiently and with reasonable dispatch. [Emphasis added.]

In my view, the societal interest applies to corporate offenders as it does to individual accused. To hold otherwise would be to suggest that the community is somehow less interested in seeing the former brought to trial. It would also suggest that the status of an accused can determine whether that accused is to be accorded "fair" and "just" treatment. I am not prepared to accept either of those propositions.

partie était [TRADUCTION] «imputable à l'inaction du gouvernement [. . .] aux rôles trop chargés [. . .] et au défaut du tribunal de première instance de statuer expéditivement sur les requêtes des appelantes» (à la p. 377). Un affidavit produit auprès de la cour, lequel n'a pas été contredit, établissait l'impossibilité de retrouver certains témoins (à la p. 379). En outre, il ressortait de la preuve d'expert que les attitudes du public envers les films au contenu sexuel explicite avaient changé au détriment des appelantes depuis leur mise en accusation (à la p. 379). Sur ces fondements, les juges majoritaires ont conclu que le délai avait nui à la capacité des appelantes de présenter une défense. En statuant ainsi, la cour admettait implicitement que les personnes morales pouvaient se prévaloir du droit à la tenue rapide d'un procès.

De plus, dans l'affaire *Askov*, le juge Cory dit, aux pp. 1219 et 1220, que l'al. 11b) comporte un «droit collectif ou social»:

Ce droit collectif a un double aspect. Premièrement, la société a un intérêt à s'assurer que ceux qui transgressent la loi soient traduits en justice et traités selon la loi. Deuxièmement, les personnes appelées à subir leur procès doivent être traitées avec justice et équité. La tenue rapide des procès favorise ces deux aspects du droit collectif.

À son avis (à la p. 1221):

... il est juste de dire que tout crime trouble la société et que les crimes graves l'effraient. Tout citoyen est donc en droit de s'attendre à ce que le système de justice fonctionne de façon équitable, efficace et avec une célérité raisonnable. [Je souligne.]

À mon avis, l'intérêt social joue aussi bien dans le cas des contrevenants qui sont des personnes morales que dans celui des particuliers inculpés. Toute autre conclusion reviendrait à dire que, pour une raison ou une autre, la collectivité tient moins à voir juger les premiers. Ce serait dire en outre que le statut d'un accusé peut être déterminant quant à savoir s'il recevra un traitement «équitable» et «juste». Je ne puis admettre ni l'une ni l'autre proposition.

I therefore conclude that the phrase “Any person charged with an offence” in the context of s. 11(b) of the *Charter* includes corporations.

2. *Has There Been Unreasonable Delay in This Case?*

The appellant seeks a remedy under s. 24 of the *Charter*. Apart from any delays arising in the appeal process, the relevant period of time for consideration is the 19-month period between the laying of the charge and the third trial date (March 26, 1987 to October 11, 1988). The factors to be taken into account in determining whether that delay was reasonable are those set out by this Court in a series of cases culminating with the decision in *Askov*: (i) the length of the delay; (ii) waiver of time periods; (iii) explanation for the delay; and (iv) prejudice to the accused.

(i) The Length of the Delay

Askov emphasized that “[t]he longer the delay, the more difficult it should be for a court to excuse it” (at p. 1231). Both the Provincial and the District Court found that the 19-month delay in bringing the appellant to trial in this case was *prima facie* excessive. They were clearly in the best position to make that assessment. The Ontario Court of Appeal did not take issue with that finding. As was stated by this Court in *R. v. Stensrud*, [1989] 2 S.C.R. 1115, at p. 1116:

The provincial courts of appeal are generally in a better position than this Court to assess the reasonableness of their province’s institutional limitations and resources.

In the absence of evidence to the contrary, I am not prepared to disturb the findings below on this first factor. I note that in *Rahey*, a stay of proceedings was ordered where the impugned delay lasted for 11 months.

Je conclus donc que, dans le contexte de l’al. 11b) de la *Charte*, l’expression «Tout inculpé» comprend les personnes morales.

2. *Y a-t-il eu délai déraisonnable en l’espèce?*

L’appelante demande une réparation en vertu de l’art. 24 de la *Charte*. Abstraction faite du délai imputable au processus d’appel, la période pertinente est le délai de 19 mois entre le moment où l’accusation a été portée et la troisième date fixée pour le procès (du 26 mars 1987 au 11 octobre 1988). Les facteurs à prendre en considération aux fins de déterminer s’il s’agit là d’un délai raisonnable sont ceux énoncés par notre Cour dans une série d’arrêts aboutissant à l’arrêt *Askov*, savoir: (i) la longueur du délai, (ii) la renonciation au délai, (iii) l’explication du délai, et (iv) le préjudice subi par l’accusé.

(i) La longueur du délai

L’arrêt *Askov* souligne que «[p]lus le délai est long, plus il doit être difficile au tribunal de l’excuser» (à la p. 1231). La Cour provinciale et la Cour de district ont conclu toutes les deux que le délai de 19 mois pour juger l’appelante en l’espèce était à première vue excessif. De tout évidence, elles étaient les mieux placées pour faire cette détermination, qui n’a suscité aucune critique de la part de la Cour d’appel. Comme l’affirme notre Cour dans l’arrêt *R. c. Stensrud*, [1989] 2 R.C.S. 1115, à la p. 1116:

Les cours d’appel provinciales sont généralement mieux placées que notre Cour pour évaluer le caractère raisonnable des limites et des ressources institutionnelles de leur province.

À défaut d’une preuve contraire, je ne suis pas disposé à toucher aux conclusions des juridictions inférieures sur ce premier facteur. Il est à noter d’ailleurs que dans l’affaire *Rahey* il y a eu arrêt des procédures dans une situation où le délai attaqué était de 11 mois.

(ii) Waiver

The “burden of showing that a waiver should be inferred falls upon the Crown” (*Askov* at p. 1232). For a waiver to be valid, it “must be informed, unequivocal and freely given” (*Askov* at p. 1232). When the trial in this case was adjourned for the first time, counsel for the appellant stated that it had “no choice” but to agree to the adjournment. On the second trial date, it “objected strenuously and notified the court of its intent to argue delay” (*per* Lang Dist. Ct. J.). In my opinion, waiver is therefore not an issue in this case, and the whole of the 19-month period is to be taken into account.

(iii) Explanation for the Delay

Under this heading, a court must distinguish between delays attributable to the Crown, systemic or institutional delays, and delays attributable to the accused (*Askov* at p. 1231). Because it is the Crown that is responsible for bringing an accused to trial, the first two factors weigh in favour of the person alleging the s. 11(b) violation.

In this case, the Provincial and District courts found that the main reason for the 19-month delay was the shortage of court facilities. That makes the delay “systemic or institutional” in nature, and the respondent bears the onus of justifying the inadequate resources (*Askov* at p. 1231). The appellant’s trial was adjourned twice, apparently because of priority being given to *Criminal Code* matters. The respondent submits that the delay is justified solely on that basis. If I understand that argument correctly, the respondent is suggesting that because the appellant was charged with a regulatory offence, the allowable time frame for bringing it to trial should somehow be greater than it would be in other circumstances. I am not persuaded by that argument. The right to be tried within a reasonable time is engaged when a person is “charged with an offence”. The *Charter* does not distinguish between types of offences, and it seems to me that

(ii) La renonciation

«Il incombe au ministère public de prouver que la renonciation découle implicitement des actes de l’accusé» (l’arrêt *Askov*, à la p. 1232). Pour être valide, la renonciation «doit être en connaissance de cause, claire et consentie librement» (l’arrêt *Askov*, à la p. 1232). Lors du premier ajournement du procès en l’espèce, l’avocat de l’appelante a dit que celle-ci [TRADUCTION] «ne pouvait faire autrement» que d’y acquiescer. À la deuxième date fixée pour le procès, l’appelante [TRADUCTION] «s’est vigoureusement opposée au nouvel ajournement et a signalé à la cour son intention de plaider le délai» (le juge Lang de la Cour de district). J’estime en conséquence qu’il n’est nullement question de renonciation en l’espèce et qu’il faut prendre en considération la totalité de la période de 19 mois.

(iii) L’explication du délai

À ce propos, le tribunal doit distinguer entre les délais imputables au ministère public, les délais systémiques ou institutionnels et les délais attribuables à l’accusé (l’arrêt *Askov*, à la p. 1231). Puisque c’est le ministère public qui a la responsabilité de faire juger un accusé, les deux premiers facteurs jouent en faveur de la personne alléguant la violation de l’al. 11(b).

En l’espèce, la Cour provinciale et la Cour de district ont conclu que le délai de 19 mois s’expliquait principalement par le manque d’installations nécessaires. Le délai étant donc de nature «systémique ou institutionnelle», il incombe à l’intimée de justifier la pénurie de ressources (l’arrêt *Askov*, à la p. 1231). Le procès de l’appelante a été ajourné à deux reprises en raison, semble-t-il, de la priorité accordée à des affaires relevant du *Code criminel*. L’intimée soutient que cela suffit comme tel pour justifier le délai. Or, si je comprends bien cet argument, l’intimée prétend que, puisque l’appelante a été accusée d’une infraction réglementaire, le délai imparti pour la tenue du procès devrait être plus long qu’il ne le serait dans d’autres circonstances. Cet argument ne me paraît guère convaincant. Le droit d’être jugé dans un délai raisonnable joue du moment qu’une personne est «inculpé[e]». La *Charte* ne distingue pas entre

doing so for the purposes of assessing the reasonableness of delay would unduly stretch the principles of contextual analysis. The interest of an accused in the availability and reliability of substantiating evidence will exist irrespective of the nature of the offence with which that person is charged.

This matter was not complex, and it was estimated that it would take a maximum one day of court time. We are therefore not dealing with a situation in which the nature of the case necessitated "longer time for preparation, a greater expenditure of resources by Crown officers, and the longer use of institutional facilities" (*Askov* at p. 1231). Furthermore, there is no indication that the appellant misconducted itself during the course of the proceedings (as affirmed by Lang Dist. Ct. J.). The appellant did not request any of the adjournments. It was ready to proceed to trial after April 15, 1987.

In light of the above factors, it is my opinion that the explanation for the delay in this case must weigh against the respondent.

(iv) Prejudice to the Accused

In *Askov*, this Court held that there is a "general, and in the case of very long delays an often virtually irrebuttable presumption of prejudice to the accused resulting from the passage of time" (p. 1232). In my opinion, this is the key requisite to a successful s. 11(b) application. A court may infer or presume prejudice, or it may be proven. The appellant relies upon that presumption in this case. The respondent contends that it cannot. It submits that the inference of prejudice is linked to the liberty and security interests of an accused, not the fair trial interest. Because a corporate entity does not have the right to liberty and security of the person within the meaning of the *Charter*, the argument goes that it therefore cannot invoke the presumption referred to in *Askov*. The respondent submits that in order to succeed on its s. 11(b) claim, the appellant must persuade the court that

différents types d'infractions et il me semble que faire une telle distinction aux fins de l'appréciation du caractère raisonnable du délai serait pousser vraiment trop loin les principes de l'analyse contextuelle. Indépendamment de la nature de l'infraction qui lui est reprochée, subsiste l'intérêt pour l'accusé qu'il y ait une preuve disponible et fiable.

Le présent litige n'avait rien de compliqué et on estimait que l'audience durerait tout au plus une journée. Nous ne nous trouvons donc pas devant une situation où la nature de l'affaire nécessitait «une préparation plus longue, l'utilisation de plus de ressources par le ministère public et une utilisation plus longue des installations institutionnelles» (l'arrêt *Askov*, à la p. 1231). D'autre part, il n'y a aucune indication de conduite irrégulière de la part de l'appelante au cours de l'instance (ce qu'a d'ailleurs constaté le juge Lang de la Cour de district). Aucun des ajournements n'a été demandé par l'appelante. Elle était prête à subir son procès après le 15 avril 1987.

Compte tenu des facteurs exposés ci-dessus, j'estime que l'explication du délai en l'espèce doit être retenue contre l'intimée.

(iv) Le préjudice subi par l'accusé

Dans l'arrêt *Askov*, notre Cour a dit qu'il existe une «présomption simple selon laquelle le seul écoulement du temps cause un préjudice à l'accusé et dans le cas de délais très longs la présomption devient pratiquement irréfragable» (p. 1232). À mon avis, c'est là la condition essentielle qui doit être remplie pour qu'une requête fondée sur l'al. 11b) soit accueillie. Le tribunal peut inférer ou présumer le préjudice ou celui-ci peut être prouvé. En l'espèce, l'appelante invoque la présomption, ce que, soutient l'intimée, elle ne saurait faire. L'intimée fait valoir que l'inférence de préjudice est liée au droit de l'accusé à la liberté et à la sécurité, et qu'elle n'a aucun lien avec le droit à un procès équitable. Puisqu'une personne morale ne jouit pas du droit à la liberté et à la sécurité de la personne au sens où l'entend la *Charte*, elle ne peut donc, toujours selon l'intimée, se prévaloir de la présomption mentionnée dans l'arrêt *Askov*. L'intimée prétend que, pour réussir dans sa demande

its ability to make full answer and defence has been impaired.

I find the respondent's argument on this particular issue persuasive. As was recently noted by MacDonnell Prov. Div. J. in *R. v. 741290 Ontario Inc.*, *supra*, at p. 353:

The most compelling argument which has been mounted for a presumption of prejudice has been with respect to the effects of delay on security of the person. Once concern about that factor is nullified, as it is when dealing with a corporation, the greatest part of the basis for a presumption of prejudice collapses. [Emphasis added.]

In *Askov*, Cory J. appears to have placed much emphasis on the "exquisite agony" experienced by accused persons and their families while awaiting trial (at p. 1219). Lamer C.J. echoed that concern in his reasons. He observed that the purpose of s. 11(b) is to put an end to the process giving rise to the "anxieties" of the accused (at p. 1249). In so holding, Lamer C.J. essentially reiterated his position in *Mills v. The Queen*, *supra*, where he stated (at pp. 919-20) that:

... under s. 11(b), the security of the person is to be safeguarded as jealously as the liberty of the individual. In this context, the concept of security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" (A. Amsterdam, *loc. cit.*, at p. 533). These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction. These forms of prejudice cannot be disregarded nor minimized when assessing the reasonableness of delay.

In my view, none of these concerns—with the exception of legal costs—logically applies to corporate entities. In order properly to assess the reasonableness of delay, a court has to balance the

fondée sur l'al. 11b), l'appelante doit convaincre la cour d'un affaiblissement de sa capacité de présenter une défense pleine et entière.

Sur ce point précis, l'argument de l'intimée me paraît convaincant. Comme l'a fait remarquer récemment le juge MacDonnell de la Division provinciale dans la décision *R. c. 741290 Ontario Inc.*, précitée, à la p. 353:

[TRADUCTION] L'argument le plus persuasif avancé en faveur d'une présomption de préjudice concerne l'incidence du délai sur la sécurité de la personne. Une fois que l'inquiétude relative à ce facteur est écartée, comme elle l'est dans le cas d'une personne morale, la présomption de préjudice s'avère en majeure partie sans fondement. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Askov*, le juge Cory semble beaucoup insister sur le «supplice» que subissent les accusés et leur famille en attendant le procès (à la p. 1219). On trouve l'écho de cette préoccupation dans les motifs du juge en chef Lamer, qui observe que l'al. 11b) vise à mettre un terme aux procédures qui causent «de l'anxiété» à l'accusé (à la p. 1249). En tirant cette conclusion, le juge en chef Lamer reprend essentiellement le point de vue qu'il a exprimé dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité. Il y affirme, aux pp. 919 et 920:

... en vertu de l'al. 11b), la sécurité de la personne doit être assurée aussi jalousement que la liberté de l'individu. Dans ce contexte, la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante». (A. Amsterdam, *loc. cit.*, à la p. 533). Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine. On ne saurait passer ces formes de préjudice sous silence ni les minimiser lorsqu'on évalue le caractère raisonnable du délai.

D'après moi, à l'exception de celle relative aux frais de justice, aucune de ces préoccupations ne s'applique logiquement aux personnes morales. Pour pouvoir bien apprécier le caractère raisonnable

various interests at stake. The interests of the accused must be weighed against the interest of the community in ensuring that those who have allegedly transgressed the law are brought to justice. The balancing process must be fair. There is no room for artificiality. It seems to me that allowing a corporation to rely upon a presumption of prejudice would offend that principle. It is therefore my opinion that with respect to this fourth factor, a corporate accused must be able to establish that its fair trial interest has been irretrievably prejudiced. I use the phrase "irretrievably prejudiced" because there are some forms of prejudice that a court can remove, notably by making specific orders regarding the conduct of the trial.

In this case, the appellant has not argued an actual impairment of its ability to make full answer and defence. That fact was expressly noted by Lang Dist. Ct. J.: "the Corporation does not argue that it was actually prejudiced by the delay". I am of the view that in the absence of some evidence of prejudice, the courts below were not in error in removing the initial trial stay.

The appellant urges that the appellate time should be included in an assessment of the s. 11(b) right.

In this case the accused has not been tried, and in that sense, may say to an appellate court, as he does to a trial court, you have taken too long getting me to trial, it is now unreasonable. I do not propose discussing post-trial appellate delay in this judgment, as we are here dealing with an interlocutory process.

The intervener Attorney General of Canada stressed the societal interest in bringing an accused to trial, "except where that would be fundamentally unfair". It emphasized prejudice as the touchstone. Mr. Fainstein, Q.C., also raised the question of onus with respect to proving prejudice to the fair trial interest. He said "it is rather difficult for the Appellant to complain that for the last two

ble d'un délai, un tribunal doit soupeser les différents intérêts en jeu. Ainsi, les intérêts de l'accusé sont à soupeser par rapport à l'intérêt de la collectivité à voir à ce que soient traduites en justice les personnes accusées d'infractions à la loi. Ce processus doit être équitable. L'artificiel n'y a pas sa place. Il me semble d'ailleurs que permettre à une personne morale d'invoquer une présomption de préjudice irait à l'encontre de ce principe. J'estime en conséquence qu'en ce qui concerne ce quatrième facteur, une personne morale inculpée doit être en mesure d'établir qu'elle a subi un préjudice irréparable à son droit à un procès équitable. Si j'utilise «préjudice irréparable», c'est qu'il est des préjudices que peut éliminer un tribunal, notamment en rendant des ordonnances explicites touchant la conduite du procès.

En l'espèce, l'appelante n'a pas plaidé un affaiblissement effectif de sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Le juge Lang de la Cour de district le signale expressément: [TRADUCTION] «la société ne prétend pas avoir subi un préjudice réel en raison de la longueur du délai». J'estime qu'en l'absence d'une preuve de préjudice, les juridictions inférieures n'ont pas fait erreur en annulant le premier arrêt des procédures.

L'appelante fait valoir que le temps consacré aux appels doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation du droit garanti par l'al. 11b).

En l'espèce, l'accusée n'a pas été jugée et, en ce sens, elle peut dire à une cour d'appel, comme à un tribunal de première instance, que le temps écoulé pour lui faire subir son procès a été trop long et que le délai est maintenant déraisonnable. Je n'ai pas l'intention d'analyser ici un délai postérieur au procès car nous sommes saisis en l'espèce d'un processus interlocutoire.

L'intervenant le procureur général du Canada insiste sur l'intérêt qu'a la société à ce qu'un accusé soit traduit en justice, [TRADUCTION] «sauf lorsque cela serait fondamentalement inéquitable». Il souligne que le préjudice est le critère pertinent. M^e Fainstein, c.r., soulève également la question du fardeau de la preuve concernant l'atteinte au droit à un procès équitable. Il dit que [TRADUC-

years at least he [it] has been deprived of his right . . .". He urged the Court to find a compelling case before imposing what he termed the draconian remedy of a stay tantamount to acquittal without trial. I agree with the comment of Arbour J.A. in *R. v. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 206: "By granting a stay, the court in effect stands between the accused and the state to prevent what otherwise would be the just resolution . . ." by trial. That is a decision that cannot be taken lightly.

One may argue for the proposition that in a case of this kind it is for the trial court to make the assessment. It can receive evidence. The parties are left with further appellate review, whereas a decision made by a final court of appeal removes that right and also leaves the appellate court, in part, a judge in its own cause. It is a judge, moreover, ill equipped to handle factual controversy. For the purposes of this case, however, I will assume that we have that jurisdiction.

This appeal, as I noted, is akin to an interlocutory appeal. The accused is still "charged". The imposition of a stay is, to all intents and purposes, an acquittal. The judicial stay will only be invoked where the court is satisfied under s. 24 of the *Charter* that the particular right has been infringed. It is in this context that the intervener proposed the availability of lesser remedies for delay that is approaching demonstrable unreasonability. This case is an illustration of that point, in that two other courts found against the appellant but mandated an expedient trial.

We are reviewing the decision that was made on November 1, 1988. The delay after that motion was granted is appellate delay. The bulk of that delay is attributable to the appellant's decision to pursue appeals. The appellant invoked the

TION] «il est plutôt difficile pour l'appelante de se plaindre que, pendant au moins les deux dernières années, elle a été privée de son droit . . .». Il presse la Cour de constater qu'il y a des raisons impérieuses avant d'imposer l'arrêt des procédures, réparation qu'il qualifie de draconienne et d'équivalente à un acquittement sans procès. Je souscris à l'observation du juge Arbour dans l'arrêt *R. c. Bennett* (1991), 3 O.R. (3d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 206: [TRADUCTION] «En accordant l'arrêt des procédures, la cour se place en fait entre l'accusé et l'État pour empêcher ce qui serait autrement la solution équitable . . .», par la tenue d'un procès. Il s'agit là d'une décision qu'il ne faut pas prendre à la légère.

On peut faire valoir que, dans une affaire de ce genre, il incombe au tribunal de première instance de faire l'évaluation car il peut recevoir des éléments de preuve. Les parties ont alors la possibilité d'interjeter appel, tandis qu'une décision rendue par un tribunal d'appel de dernière instance enlève ce droit et rend le tribunal d'appel, dans une certaine mesure, juge et partie et, qui plus est, un juge mal outillé pour traiter de faits controversés. Toutefois, en l'espèce, je tiendrai pour acquis que nous avons cette compétence.

Comme je l'ai déjà signalé, le présent pourvoi relève du pourvoi interlocutoire. L'appelante est toujours «inculpée». Un arrêt des procédures équivaut, à toutes fins utiles, à un acquittement. Il n'y aura ouverture à l'arrêt des procédures que lorsque le tribunal est convaincu, conformément à l'art. 24 de la *Charte*, qu'il y a eu atteinte au droit en question. C'est dans ce contexte que l'intervenant a proposé qu'il soit possible d'accorder des réparations moins draconiennes lorsqu'on peut démontrer un délai qui approche le déraisonnable. La présente espèce en est une bonne illustration, en ce sens que deux autres tribunaux ont donné tort à l'appelante mais ont exigé la tenue rapide d'un procès.

Nous examinons la décision qui a été rendue le 1^{er} novembre 1988. Après cette date, le délai est attribuable à la procédure d'appel et, en grande partie, à la décision de l'appelante d'interjeter appel. C'est l'appelante qui a engagé les procé-

processes of which it now complains and must accept the burdens inherent in full appellate review. There is no evidence or argument to support a finding that some extraordinary factor lengthened that review process.

Disposition

I would dismiss the appeal. I would direct that the intervener pay the costs the appellant incurred by reason of responding to the intervener's written material, that question having been reserved to this Court.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

dures dont elle se plaint maintenant et elle doit accepter les inconvénients inhérents à un examen complet par les tribunaux d'appel. Aucun élément de preuve n'a été produit ni aucun argument avancé à l'appui de l'existence de quelque circonstance extraordinaire ayant prolongé ce processus d'examen.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Puisque cette question a été renvoyée à notre Cour, je suis d'avis de condamner l'intervenant au paiement des dépens de l'appelante liés à sa réponse aux documents de l'intervenant.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelante: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

**IN THE MATTER OF section 53 of the
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26**

**IN THE MATTER OF a Reference by the
Governor in Council concerning whether
the conviction of David Milgaard in
Saskatoon, Saskatchewan, on January 31,
1970 for the murder of Gail Miller on
January 31, 1969 constitutes a miscarriage
of justice, and what remedial action, if any,
is advisable, as set out in Order in Council
P.C. 1991-2376, dated the 28th day of
November, 1991**

INDEXED AS: REFERENCE RE MILGAARD (CAN.)

File No.: 22732.

1992: January 16, 21-24, February 17-20, March 4,
9-12, April 6; 1992: April 14.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and
Iacobucci JJ.

REFERENCE BY THE GOVERNOR IN COUNCIL

*Criminal law — Murder — Youth convicted of murder
in 1970 — Fresh evidence — Reference to Supreme
Court of Canada in 1991 — Whether accused's contin-
ued conviction constitutes miscarriage of justice —
Guidelines applied by Court in making determination.*

In January 1970, following a trial by judge and jury,
the accused was found guilty of murder and sentenced
to life imprisonment. The conviction was affirmed by
the Court of Appeal, [1971] 2 W.W.R. 266, and the
accused's application for leave to appeal to this Court
was dismissed, [1971] S.C.R. x. Pursuant to s. 53 of the
Supreme Court Act, the Governor General in Council in
1991 referred the following questions to this Court:
(a) "upon a review and consideration of the judicial
record, the Reference Case that will be filed before this
Court, and such further or other evidence as the Court,
in its discretion, may receive and consider, does the con-
tinued conviction of David Milgaard in Saskatoon, Sas-
katchewan, for the murder of Gail Miller, in the opinion
of the Court, constitute a miscarriage of justice?" and
(b) "depending on the answer to the first question, what

**DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la *Loi
sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26**

**DANS L'AFFAIRE d'un renvoi adressé par
le gouverneur en conseil pour savoir si la
déclaration de culpabilité prononcée contre
David Milgaard, à Saskatoon
(Saskatchewan), le 31 janvier 1970, pour le
meurtre de Gail Miller, survenu le 31
janvier 1969, constitue une erreur judiciaire,
et pour déterminer quelle mesure corrective,
le cas échéant, devrait être prise, tel
qu'exposé dans le décret C.P. 1991-2376, en
date du 28 novembre 1991**

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À MILGAARD (CAN.)

N^o du greffe: 22732.

1992: 16 et 21 au 24 janvier, 17 au 20 février, 4 et 9 au
12 mars, 6 avril; 1992: 14 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka,
Cory, McLachlin et Iacobucci.

RENOVI ADRESSÉ PAR LE GOUVERNEUR EN
CONSEIL

*Droit criminel — Meurtre — Jeune homme déclaré
coupable de meurtre en 1970 — Nouvelle preuve —
Renvoi à la Cour suprême du Canada en 1991 — Le
maintien de la déclaration de culpabilité de l'accusé
constitue-t-elle une erreur judiciaire? — Principes
directeurs appliqués par la Cour pour rendre sa déci-
sion.*

En janvier 1970, à la suite d'un procès par juge et
jury, l'accusé a été déclaré coupable de meurtre et con-
damné à l'emprisonnement à perpétuité. La déclaration
de culpabilité a été confirmée par la Cour d'appel,
[1971] 2 W.W.R. 266, et la demande d'autorisation
d'appel devant notre Cour a été refusée, [1971] R.C.S.
x. En vertu de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, le
gouverneur général en conseil a adressé par renvoi à la
Cour les questions suivantes en 1991: a) «après avoir
examiné le dossier judiciaire, le dossier relatif au renvoi
qui sera déposé devant la Cour, et les autres éléments de
preuve que la Cour peut, à sa discrétion, recevoir et
prendre en considération, la Cour conclut-elle que le fait
que David Milgaard demeure condamné pour le meurtre
de Gail Miller (condamnation prononcée à Saskatoon
(Saskatchewan)), constitue une erreur judiciaire?» et b)

remedial action under the Criminal Code, if any, is advisable?"

At the hearing, the Court heard several witnesses, including the accused, who had not testified at trial, and fresh evidence was presented.

Held: The accused's continued conviction constitutes a miscarriage of justice. It is recommended that the conviction should be quashed and a new trial ordered.

While there is some evidence which implicates the accused in the murder, the Court is satisfied that the fresh evidence presented at the hearing, particularly as to the locations and the pattern of sexual assaults committed by a convicted serial rapist, constitutes credible evidence which taken together with the evidence adduced at trial could reasonably be expected to have affected the jury's verdict. The continued conviction of the accused would amount to a miscarriage of justice if an opportunity was not provided for a jury to consider the fresh evidence. This Court therefore advises the Minister of Justice to quash the conviction and to direct a new trial under s. 690(a) of the *Criminal Code*. It would be open to the Attorney General for Saskatchewan under the *Code* to enter a stay if that course were deemed appropriate in light of all the circumstances. However, if a stay is not entered, a new trial proceeds and a verdict of guilty is returned, then the Court would recommend that the Minister consider granting a conditional pardon to the accused with respect to any sentence imposed.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 690(a), 749(2).

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53.

REFERENCE by the Governor in Council concerning whether Milgaard's continued conviction for murder constitutes a miscarriage of justice.

H. Wolch, Q.C., and *David Asper*, for David Milgaard.

Murray Brown and *Eric Neufeld*, for the Attorney General for Saskatchewan.

«suivant la réponse que la Cour donnera à la première question, quelle mesure corrective, le cas échéant, devrait être prise aux termes du Code criminel?»

À l'audience, la Cour a entendu plusieurs témoins, dont l'accusé, qui n'avait pas témoigné à son procès, et de nouvelles preuves ont été présentées.

Arrêt: Le maintien de la déclaration de culpabilité de l'accusé constitue une erreur judiciaire. Il est recommandé d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès.

Bien que certaines preuves impliquent l'accusé dans le meurtre, la Cour est convaincue que la nouvelle preuve présentée à l'audience, en particulier quant aux lieux et aux caractéristiques des agressions sexuelles commises par un violeur en série, constitue une preuve digne de foi dont on pourrait raisonnablement penser que, considérée avec la preuve présentée au procès, elle aurait pu avoir une incidence sur le verdict du jury. Le maintien de la déclaration de culpabilité de l'accusé constituerait une erreur judiciaire si on ne donnait pas à un jury la possibilité d'examiner la nouvelle preuve. La Cour recommande donc au ministre de la Justice d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en vertu de l'al. 690a) du *Code criminel*. Il serait loisible au procureur général de la Saskatchewan en vertu du *Code* d'inscrire un arrêt des procédures si la mesure lui paraissait appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances. Toutefois si l'arrêt des procédures n'était pas prononcé et qu'un nouveau procès aboutissait à un verdict de culpabilité, la Cour recommanderait alors au ministre de la Justice d'envisager l'octroi d'un pardon conditionnel à l'accusé, à l'égard de toute peine imposée.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 690a), 749(2).

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53.

RENVOI adressé par le gouverneur en conseil pour savoir si le maintien de la déclaration de culpabilité de Milgaard pour meurtre constitue une erreur judiciaire.

H. Wolch, c.r., et *David Asper*, pour David Milgaard.

Murray Brown et *Eric Neufeld*, pour le procureur général de la Saskatchewan.

S. R. Fainstein, Q.C., and Robert Frater, for the Attorney General of Canada.

Brian A. Beresh, for Larry B. Fisher.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This matter was referred to this Court by Order in Council, P.C. 1991-2376. That Order provides:

WHEREAS David Milgaard was convicted on January 31, 1970 following a trial by Judge and Jury at Saskatoon, Saskatchewan, for the murder of Gail Miller on January 31, 1969, and was sentenced to imprisonment for life;

WHEREAS David Milgaard appealed the conviction to the Court of Appeal for Saskatchewan, which dismissed the appeal on January 5, 1971;

WHEREAS an application for leave to appeal against the conviction was dismissed by the Supreme Court of Canada on November 15, 1971;

WHEREAS, by a letter dated December 28, 1988, an application was made to the Minister of Justice by David Milgaard's counsel, seeking the mercy of the Crown pursuant to section 690 of the Criminal Code, which application, after due consideration, was declined on February 27, 1991;

WHEREAS, by a letter dated August 14, 1991, a second application was made to the Minister of Justice by David Milgaard's counsel for the mercy of the Crown, pursuant to section 690 of the Criminal Code, based on different grounds from the first application made on December 28, 1988;

WHEREAS there exists widespread concern whether there was a miscarriage of justice in the conviction of David Milgaard and it is in the public interest that the matter be inquired into;

AND WHEREAS the Governor in Council sees fit to refer that matter to the Supreme Court of Canada;

THEREFORE, HIS EXCELLENCY THE GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL, on the recommendation of the Minister of Justice, pursuant to section 53 of the Supreme Court Act, is pleased hereby to submit to the Supreme Court of Canada for hearing and consideration the following questions:

S. R. Fainstein, c.r., et Robert Frater, pour le procureur général du Canada.

Brian A. Beresh, pour Larry B. Fisher.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Le présent renvoi a été adressé à notre Cour par le décret C.P. 1991-2376, qui se lit ainsi:

ATTENDU QUE le 31 janvier 1970, David Milgaard a été reconnu coupable, à la suite d'un procès devant un juge et un jury qui a eu lieu à Saskatoon (Saskatchewan), du meurtre de Gail Miller commis le 31 janvier 1969, pour lequel il a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité;

ATTENDU QUE David Milgaard a interjeté appel de la condamnation prononcée contre lui devant la Cour d'appel de la Saskatchewan, qui a rejeté l'appel le 5 janvier 1971;

ATTENDU QU'une demande d'autorisation de pourvoi de la condamnation a été refusée par la Cour suprême du Canada le 15 novembre 1971;

ATTENDU QUE dans une lettre datée du 28 décembre 1988, l'avocat de David Milgaard a présenté, en vertu de l'article 690 du Code criminel, une demande de clémence de la Couronne au ministre de la Justice, demande qui, après examen, a reçu une réponse négative le 27 février 1991;

ATTENDU QUE dans une lettre datée du 14 août 1991, l'avocat de David Milgaard a présenté une nouvelle demande de clémence de la Couronne en vertu de l'article 690 du Code criminel, en invoquant des motifs différents de ceux sur lesquels était fondée la première demande présentée le 28 décembre 1988;

ATTENDU QUE la question de savoir s'il y a eu erreur judiciaire cause de graves préoccupations et qu'il est dans l'intérêt de la justice que cette question soit examinée;

ET ATTENDU QUE le gouverneur en conseil estime indiqué de déférer cette affaire à la Cour suprême du Canada;

À CES CAUSES, sur recommandation du ministre de la Justice et en vertu de l'article 53 de la Loi sur la Cour suprême, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de soumettre au jugement de la Cour suprême du Canada les questions suivantes:

- (a) upon a review and consideration of the judicial record, the Reference Case that will be filed before this Court, and such further or other evidence as the Court, in its discretion, may receive and consider, does the continued conviction of David Milgaard in Saskatoon, Saskatchewan for the murder of Gail Miller, in the opinion of the Court, constitute a miscarriage of justice? *a*
- (b) depending on the answer to the first question, what remedial action under the Criminal Code, if any, is advisable? *b*
- a) après avoir examiné le dossier judiciaire, le dossier relatif au renvoi qui sera déposé devant la Cour, et les autres éléments de preuve que la Cour peut, à sa discrétion, recevoir et prendre en considération, la Cour conclut-elle que le fait que David Milgaard demeure condamné pour le meurtre de Gail Miller (condamnation prononcée à Saskatoon (Saskatchewan)), constitue une erreur judiciaire?
- b) suivant la réponse que la Cour donnera à la première question, quelle mesure corrective, le cas échéant, devrait être prise aux termes du Code criminel?

During the course of the hearing the Court determined that in the interests of justice the guidelines that would be followed in responding to the questions should be set out for the parties. These guidelines provide: *c*

- (a) The continued conviction of David Milgaard would constitute a miscarriage of justice if, on the basis of the judicial record, the Reference Case and such further evidence as this Court in its discretion may receive and consider, the Court is satisfied beyond a reasonable doubt that David Milgaard is innocent of the murder of Gail Miller. If we were to answer the first question put to this Court by the Governor General in the affirmative on this ground, we would consider advising that the Governor in Council exercise his power under s. 749(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to grant a free pardon to David Milgaard. *d*
- (b) The continued conviction of David Milgaard would constitute a miscarriage of justice if, on the basis of the judicial record, the Reference Case and such further evidence as this Court in its discretion may receive and consider, the Court is satisfied on a preponderance of the evidence that David Milgaard is innocent of the murder of Gail Miller. If we were to answer the first question put to this Court by the Governor General in the affirmative on this ground, it would be open to David Milgaard to apply to reopen his application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada with a view to determining whether the conviction should be quashed and a verdict of acquittal entered, and we would advise the Minister of Justice to take no steps pending final determination of those proceedings. *e*
- a) Le maintien de la condamnation de David Milgaard constituera une erreur judiciaire si, sur le fondement du dossier judiciaire, du dossier produit dans le cadre du présent renvoi et de toute autre preuve que notre Cour peut, à sa discrétion, recevoir et prendre en considération, la Cour est convaincue hors de tout doute raisonnable que David Milgaard est innocent du meurtre de Gail Miller. Si, sur ce fondement, nous devons répondre par l'affirmative à la première question soumise au jugement de la Cour par le gouverneur général, nous envisagerions alors de conseiller au gouverneur général d'exercer le pouvoir que lui confère le par. 749(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, d'accorder un pardon absolu à David Milgaard.
- b) Le maintien de la condamnation de David Milgaard constituera une erreur judiciaire si, sur le fondement du dossier judiciaire, du dossier produit dans le cadre du présent renvoi et de toute autre preuve que notre Cour peut, à sa discrétion, recevoir et prendre en considération, la Cour est convaincue selon la prépondérance de la preuve que David Milgaard est innocent du meurtre de Gail Miller. Si, sur ce fondement, nous devons répondre par l'affirmative à la première question soumise au jugement de la Cour par le gouverneur général, il serait permis à David Milgaard de demander à la Cour de rouvrir la demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada en vue de déterminer si la condamnation devrait être annulée et si un verdict d'acquiescement devrait être inscrit, et nous conseillerions au ministre de la Justice de ne prendre aucune mesure jusqu'à la décision finale dans ces procédures. *f*

(c) The continued conviction of David Milgaard would constitute a miscarriage of justice if there is new evidence put before this Court which is relevant to the issue of David Milgaard's guilt, which is reasonably capable of belief, and which taken together with the evidence adduced at trial, could reasonably be expected to have affected the verdict. If we were to answer the first question put to this Court by the Governor General in the affirmative on this ground we would consider advising the Minister of Justice to quash the conviction and to direct a new trial under s. 690(a) of the *Criminal Code*. In this event it would be open to the Attorney General for Saskatchewan to enter a stay if a stay were deemed appropriate in view of all the circumstances including the time served by David Milgaard.

(d) If the judicial record, the Reference Case and such further evidence as this Court in its discretion may receive and consider, fails to establish a miscarriage of justice as set out in paragraphs (a), (b) or (c) above, we might nonetheless consider advising the Minister of Justice that granting of a conditional pardon under s. 749(2) of the *Criminal Code* may be warranted where having regard to all the circumstances, it is felt some sympathetic consideration of David Milgaard's current situation is in order.

It is appropriate to begin by stating that in our view David Milgaard had the benefit of a fair trial in January 1970. We have not been presented with any probative evidence that the police acted improperly in the investigation of the robbery, sexual assault and murder of Gail Miller or in their interviews with any of the witnesses. Nor has evidence been presented that there was inadequate disclosure in accordance with the practice prevailing at the time. Milgaard was represented by able and experienced counsel. No error in law or procedure has been established. At the conclusion of the trial, there was ample evidence upon which the jury, which had been properly instructed, could return a verdict of guilty.

However, fresh evidence has been presented to us. Ronald Wilson, a key witness at the trial, has

c) Le maintien de la condamnation de David Milgaard constituera une erreur judiciaire s'il est présenté à la Cour une nouvelle preuve, pertinente à l'égard de la question de la culpabilité de David Milgaard, qui soit raisonnablement digne de foi et dont on peut raisonnablement penser que, considérée avec la preuve présentée au procès, elle aurait pu avoir une incidence sur le verdict. Si, sur ce fondement, nous devons répondre par l'affirmative à la première question soumise par le gouverneur général, nous envisagerions de conseiller au ministre de la Justice d'annuler la condamnation et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en vertu de l'al. 690a) du *Code criminel*. Dans ce cas, il serait loisible au procureur général de la Saskatchewan d'inscrire un arrêt des procédures si un tel arrêt des procédures était considéré approprié compte tenu de l'ensemble des circonstances, y compris la durée de la peine purgée par David Milgaard.

d) Si le dossier judiciaire, le dossier produit dans le cadre du présent renvoi et toute autre preuve que notre Cour peut, à sa discrétion, recevoir et prendre en considération ne permettent pas d'établir qu'il y a eu erreur judiciaire sur les fondements énoncés aux paragraphes a), b) ou c) ci-dessus, nous pourrions néanmoins informer le ministre de la Justice de ce que l'octroi d'un pardon conditionnel en vertu du par. 749(2) du *Code criminel* pourrait se justifier car, au vu de l'ensemble des circonstances, il y a lieu de considérer avec une certaine compassion la situation actuelle de David Milgaard.

Il convient de dire en premier lieu qu'à notre avis, David Milgaard a bénéficié d'un procès équitable en janvier 1970. On ne nous a présenté aucune preuve de valeur probante indiquant que la police avait agi de façon irrégulière dans l'enquête concernant le vol, l'agression sexuelle et le meurtre de Gail Miller ou dans leurs entretiens avec les témoins, ni aucune preuve indiquant que la communication de la preuve par la poursuite était inadéquate, compte tenu de la pratique de l'époque. Milgaard était représenté par un avocat capable et expérimenté. Aucune erreur de droit ou de procédure n'a été établie. À la conclusion du procès, le jury, qui avait reçu des directives appropriées, disposait d'une ample preuve sur laquelle il pouvait fonder un verdict de culpabilité.

Toutefois, on a présenté à notre Cour une nouvelle preuve. Ronald Wilson, un témoin important

recanted part of his testimony. Additional evidence has been presented with respect to Milgaard's alleged motel room confession. More importantly, there was evidence led as to sexual assaults committed by Larry Fisher which came to light in October 1970, when Fisher made a confession.

In our view, this evidence, together with other evidence we have heard, constitutes credible evidence that could reasonably be expected to have affected the verdict of the jury considering the guilt or innocence of David Milgaard. Our conclusion in this respect is not to be taken as a finding of guilt against Fisher, nor indeed that the evidence would justify charging him with the murder of Gail Miller.

We now consider the options set out in the guidelines.

As to the first, we are not satisfied beyond a reasonable doubt that David Milgaard is innocent of the murder of Gail Miller.

As to the second, we are not satisfied, on the basis of the judicial record, the Reference case and the further evidence heard on this Reference, on a preponderance of all the evidence, that David Milgaard is innocent of that murder.

Third, we are satisfied that there has been new evidence placed before us which is reasonably capable of belief and which taken together with the evidence adduced at trial could reasonably be expected to have affected the verdict. We will therefore be advising the Minister to quash the conviction and to direct a new trial under s. 690(a) of the *Criminal Code*. In light of this decision, it would be inappropriate to discuss the evidence in detail or to comment upon the credibility of the witnesses.

au procès, a rétracté une partie de son témoignage. Des preuves supplémentaires ont été présentées au sujet d'allégations concernant un aveu que Milgaard aurait fait dans une chambre de motel. Plus important encore, on a présenté à notre Cour des éléments de preuve concernant des agressions sexuelles commises par Larry Fisher, qui ont été connus en octobre 1970, quand Fisher a fait des aveux.

À notre avis, cette preuve, avec d'autres témoignages entendus, constitue une preuve digne de foi et dont on peut raisonnablement penser qu'elle aurait pu avoir une incidence sur le verdict du jury chargé de déterminer l'innocence ou la culpabilité de David Milgaard. Notre conclusion à ce sujet ne doit pas être considérée comme une conclusion à la culpabilité de Fisher, ni comme la conclusion que la preuve justifierait son inculpation pour le meurtre de Gail Miller.

Examinons maintenant les options définies dans les principes directeurs.

Pour ce qui concerne la première, nous ne sommes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que David Milgaard est innocent du meurtre de Gail Miller.

Quant à la deuxième, nous ne sommes pas convaincus, sur le fondement du dossier judiciaire, du dossier produit dans le cadre du présent renvoi et des témoignages entendus dans le cadre du renvoi, que, selon la prépondérance de la preuve, David Milgaard est innocent de ce meurtre.

Troisièmement, nous sommes convaincus qu'on nous a présenté une nouvelle preuve raisonnablement digne de foi dont on peut raisonnablement penser que, considérée avec la preuve présentée au procès, elle aurait pu avoir une incidence sur le verdict. Nous conseillerons donc au ministre de la Justice d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en vertu de l'al. 690a) du *Code criminel*. Compte tenu de cette décision, il convient de ne pas discuter en détail la preuve et de ne pas faire d'observations sur la crédibilité des témoins.

Nonetheless we will set out in brief the basis for our recommendation to the Minister of Justice that she should direct that a new trial be held.

Without being exhaustive it will suffice to observe that there is some evidence which if accepted by a jury could implicate Milgaard in the murder of Gail Miller.

Early in the morning of January 31, 1969, Milgaard, Nichol John and Ronald Wilson drove from Regina to Saskatoon. The evidence of Nichol John and the final version of the recantation of Ronald Wilson indicates that in Saskatoon, sometime before 7:00 a.m. on that morning they stopped a woman walking by their car to ask for directions. Shortly after that, the car became stuck, Wilson and Milgaard got out of the car and walked away in different directions to seek assistance. Wilson returned to the car before Milgaard.

Justice Tallis, before his appointment to the bench, had acted as counsel for Milgaard. Ordinarily discussions between a solicitor and a client are privileged and cannot be disclosed by the solicitor without the permission of the client. Milgaard waived all privilege and as a result, Justice Tallis testified as to statements made to him by Milgaard.

Without enumerating them fully, or commenting on which should prevail, it will suffice to observe that there were a number of differences in the testimony given by Milgaard and Justice Tallis on this Reference.

Justice Tallis testified that Milgaard denied any involvement in the murder. However, Milgaard did confirm to his counsel the sequence of events related by Nichol John and Ronald Wilson that is set out above. Milgaard confirmed the evidence given by Nichol John and Ronald Wilson that he had broken into a building at some point during the trip from Regina to Saskatoon. Justice Tallis stated that Milgaard referred to the pedestrian whom they stopped to ask for directions as an older woman, but could not give a more precise estimate of her age. As well, Milgaard admitted to

Voici cependant une brève explication de notre recommandation au ministre de la Justice d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Sans les énumérer toutes, certaines preuves, si elles étaient acceptées par un jury, pourraient impliquer Milgaard dans le meurtre de Gail Miller.

Tôt le matin du 31 janvier 1969, Milgaard, Nichol John et Ronald Wilson se sont rendus en voiture de Regina à Saskatoon. Le témoignage de Nichol John et la version finale de la rétractation de Ronald Wilson indiquent qu'un peu avant 7 h ce matin-là, à Saskatoon, ils ont arrêté une passante pour lui demander leur chemin. Peu après, la voiture est tombée en panne, Wilson et Milgaard sont sortis de la voiture pour aller chercher de l'aide et sont partis à pied dans des directions différentes. Wilson est revenu à la voiture avant Milgaard.

Le juge Tallis, avant d'être nommé à la magistrature, avait été l'avocat de Milgaard. Habituellement, les discussions entre un avocat et son client sont couvertes par le secret professionnel et ne peuvent être divulguées par l'avocat sans l'autorisation du client. Milgaard a renoncé à tout privilège et, pour cette raison, le juge Tallis a témoigné sur diverses déclarations que Milgaard lui avait faites.

Il y a plusieurs divergences entre les témoignages de Milgaard et du juge Tallis devant notre Cour. Il n'y a pas lieu de les énumérer toutes ni d'indiquer lequel devrait prévaloir.

Le juge Tallis a dit dans son témoignage que Milgaard avait nié toute participation au meurtre. Toutefois, Milgaard a bien confirmé à son avocat la séquence, décrite ci-dessus, des événements relatés par Nichol John et Ronald Wilson. Milgaard a confirmé les témoignages de Nichol John et Ronald Wilson selon lesquels il s'était introduit par effraction dans un immeuble au cours de leur voyage de Regina à Saskatoon. Le juge Tallis a dit que Milgaard avait qualifié la passante à qui ils avaient demandé leur chemin comme une personne plus âgée mais qu'il ne pouvait estimer plus préci-

Justice Tallis that he looked at her with a view to possibly robbing her. Other evidence indicates that Gail Miller's purse was taken by somebody and thrown in a garbage can.

Nichol John and Albert Cadrain, whom the group picked up in Saskatoon, testified that Nichol John had found a compact or a makeup bag in the Wilson car after they left Saskatoon. It had not been there earlier. When Nichol John inquired about it, David Milgaard seized it and threw it out of the car. Justice Tallis testified that David Milgaard had confirmed this had occurred and could not give any explanation for his actions. Milgaard also told his counsel that he may have had a knife in his possession when he arrived in Saskatoon.

Albert Cadrain testified that he saw blood on the pants and shirt of Milgaard when Milgaard changed his clothes at the Cadrain house.

In addition there is the evidence of the motel room incident which could be taken as an admission of murder by Milgaard, or as a joke made in very poor taste, or as mere drug-induced rambling.

While there is some evidence which implicates Milgaard in the murder of Gail Miller, the fresh evidence presented to us, particularly as to the locations and the pattern of the sexual assaults committed by Fisher, could well affect a jury's assessment of the guilt or innocence of Milgaard. The continued conviction of Milgaard would amount to a miscarriage of justice if an opportunity was not provided for a jury to consider the fresh evidence.

It is therefore appropriate to recommend to the Minister of Justice that she set aside the conviction and direct that a new trial be held.

It would be open to the Attorney General for Saskatchewan under the *Criminal Code* to enter a

sément son âge. De plus, Milgaard a admis au juge Tallis qu'il l'avait regardée et avait envisagé de la voler. D'autres preuves indiquent que quelqu'un a pris le sac de Gail Miller et l'a jeté dans une poubelle.

Nichol John et Albert Cadrain, qui s'est joint au groupe à Saskatoon, ont dit dans leurs témoignages qu'après leur départ de Saskatoon, Nichol John avait découvert dans la voiture de Wilson un poudrier ou une trousse de maquillage qui n'y était pas auparavant. Quand Nichol John a posé une question à ce sujet, David Milgaard s'est emparé de l'objet et l'a jeté par la fenêtre de la voiture. Le juge Tallis a dit dans son témoignage que David Milgaard avait confirmé cet incident et ne pouvait pas expliquer ses actes. Milgaard a également dit à son avocat qu'il se pouvait qu'il ait eu un couteau en sa possession quand il était arrivé à Saskatoon.

Albert Cadrain a témoigné avoir vu du sang sur le pantalon et la chemise de Milgaard quand ce dernier est venu changer ses vêtements chez lui.

De plus, il y a la preuve concernant l'incident de la chambre de motel qui peut être considérée comme un aveu du meurtre par Milgaard, ou comme une plaisanterie de très mauvais goût, ou comme de simples divagations provoquées par la drogue.

Si certaines preuves impliquent Milgaard dans le meurtre de Gail Miller, la nouvelle preuve qui nous a été présentée, en particulier quant aux lieux et aux caractéristiques des agressions sexuelles commises par Fisher, pourrait bien avoir une incidence sur la détermination par un jury de l'innocence ou de la culpabilité de Milgaard. Le maintien de la déclaration de culpabilité de Milgaard constituerait une erreur judiciaire si on ne donnait pas à un jury la possibilité d'examiner la nouvelle preuve.

Il y a donc lieu de recommander au ministre de la Justice d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Il serait loisible au procureur général de la Saskatchewan en vertu du *Code criminel* d'inscrire un

stay if that course were deemed appropriate in light of all the circumstances.

However, if a stay is not entered, a new trial proceeds and a verdict of guilty is returned, then we would recommend that the Minister of Justice consider granting a conditional pardon to David Milgaard with respect to any sentence imposed.

Judgment accordingly.

Solicitors for David Milgaard: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

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

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

Solicitors for Larry B. Fisher: Beresh, DePoe, Cunningham, Edmonton.

arrêt des procédures si la mesure lui paraissait appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances.

Toutefois si l'arrêt des procédures n'était pas prononcé et qu'un nouveau procès aboutissait à un verdict de culpabilité, nous recommanderions alors au ministre de la Justice d'envisager l'octroi d'un pardon conditionnel à David Milgaard, à l'égard de toute peine imposée.

Jugement en conséquence.

Procureurs de David Milgaard: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Procureur du procureur général de la Saskatchewan: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur du procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de Larry B. Fisher: Beresh, DePoe, Cunningham, Edmonton.

**IN THE MATTER OF section 53 of the
*Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26***

**IN THE MATTER OF a Reference by the
Governor in Council concerning whether
the conviction of David Milgaard in
Saskatoon, Saskatchewan, on January 31,
1970 for the murder of Gail Miller on
January 31, 1969 constitutes a miscarriage
of justice, and what remedial action, if any,
is advisable, as set out in Order in Council
P.C. 1991-2376, dated the 28th day of
November, 1991**

INDEXED AS: REFERENCE RE MILGAARD (CAN.)

File No.: 22732.

1992: February 3; 1992: June 4.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin and
Iacobucci JJ.

CITATION FOR CONTEMPT

*Contempt of court — Milgaard Reference — Witness
— Perjury — Contempt proceedings stayed.*

CITATION of Ronald Wilson for contempt in
Reference re Milgaard (Can.), [1992] 1 S.C.R.
866. Contempt proceedings stayed.

Kenneth R. Watson, for Ronald Wilson.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—Given Mr. Ronald Wilson's testi-
mony in the Milgaard Reference following the
citation for contempt, our conclusions as regards
this Reference, the order of the Attorney General
of Canada for a new trial, and the Attorney Gen-
eral for Saskatchewan's decision to enter a stay of
proceedings, we are all of the view that the inter-
ests of justice no longer require that Mr. Wilson's
conduct under oath be dealt with summarily. We
therefore leave to the appropriate prosecutorial
authorities the decision whether to proceed in this

**DANS L'AFFAIRE DE l'article 53 de la *Loi
sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26**

**DANS L'AFFAIRE d'un renvoi adressé par
le gouverneur en conseil pour savoir si la
déclaration de culpabilité prononcée contre
David Milgaard, à Saskatoon
(Saskatchewan), le 31 janvier 1970, pour le
meurtre de Gail Miller, survenu le
31 janvier 1969, constitue une erreur
judiciaire, et pour déterminer quelle mesure
corrective, le cas échéant, devrait être prise,
tel qu'exposé dans le décret C.P. 1991-2376,
en date du 28 novembre 1991**

RÉPERTORIÉ: RENOI RELATIF À MILGAARD (CAN.)

d N° du greffe: 22732.

1992: 3 février; 1992: 4 juin.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka,
Cory, McLachlin et Iacobucci.

e ASSIGNATION À COMPARAÎTRE POUR OUTRAGE

f *Outrage au tribunal — Renvoi relatif à Milgaard —
Témoin — Parjure — Arrêt des procédures pour
outrage.*

g ASSIGNATION de Ronald Wilson à compa-
raître pour outrage dans le *Renvoi relatif à Mil-
gaard (Can.)*, [1992] 1 R.C.S. 866. Arrêt des pro-
cédures pour outrage.

Kenneth R. Watson, pour Ronald Wilson.

Version française du jugement rendu par

h LA COUR—Étant donné le témoignage donné
par M. Ronald Wilson dans le *Renvoi relatif à Mil-
gaard* suite à l'assignation à comparaître pour
outrage, nos conclusions concernant ce renvoi,
l'ordonnance de nouveau procès du procureur
général du Canada et la décision du procureur
général de la Saskatchewan d'ordonner un arrêt
des procédures, nous sommes tous d'avis qu'il
n'est plus dans l'intérêt de la justice que la con-
duite de M. Wilson alors qu'il était assermenté soit
traitée par voie de procédure sommaire. En consé-

matter, and we enter a stay of our contempt proceedings.

Judgment accordingly.

Solicitor for Ronald Wilson: Kenneth R. Watson, Nakusp, B.C.

quence, nous confions aux autorités compétentes le soin de décider s'il y a lieu de donner suite à l'affaire et nous inscrivons un arrêt de nos procédures pour outrage.

^a

Jugement en conséquence.

Procureur de Ronald Wilson: Kenneth R. Watson, Nakusp, C.-B.

MAIL  **POSTE**

Canada Post Corporation / Société canadienne des postes

Postage paid

Port payé

Lettermail

Poste-lettre

**K1A 0S9
OTTAWA**

If undelivered, return COVER ONLY to:

Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1992 Vol. 1

6^e cahier, 1992 Vol. 1

Cited as [1992] 1 S.C.R. 877-1015

Renvoi [1992] 1 R.C.S. 877-1015

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

CONTENTS

Machtinger v. HOJ Industries Ltd. 986

Employment law — Dismissal without cause — Notice — Employment contracts providing for notice periods less than statutory minimum — Contractual provisions null and void — Whether employees entitled to reasonable notice or to statutory minimum — Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 3, 4, 6, 40(1)(c), (7)(a).

R. v. M. (W.H.) 984

Criminal law — Evidence — Charge of sexually assaulting child — Standard of proof — Child witness — Credibility.

R. v. Neverson 1014

Criminal law — Trial — Addresses to jury — Accused charged with murder — Murder weapon found in accused's car — Defence counsel incorrectly summarizing evidence concerning access to accused's car in his address to jury — Defence counsel's errors not corrected in trial judge's charge —

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

SOMMAIRE

Machtinger c. HOJ Industries Ltd. 986

Droit du travail — Licenciement non motivé — Préavis — Contrats de travail stipulant des périodes de préavis plus courtes que le minimum prescrit par la loi — Stipulations contractuelles nulles et sans effet — Les employés ont-ils droit à un préavis raisonnable ou au minimum légal? — Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 3, 4, 6, 40(1)c, 7a).

R. c. M. (W.H.) 984

Droit criminel — Preuve — Accusation d'agression sexuelle contre un enfant — Norme de preuve — Témoin enfant — Crédibilité.

R. c. Neverson 1014

Droit criminel — Procès — Exposés au jury — Accusé inculpé de meurtre — Arme du meurtre trouvée dans la voiture de l'accusé — Dans son exposé au jury, l'avocat de la défense

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Accused's acquittal set aside by Court of Appeal and new trial ordered — Verdict would not have been necessarily the same if evidence had been correctly summarized.

R. v. Van Haarlem..... 982

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Evidence of accused's conversation with constable — Court of Appeal's order to admit evidence not violating accused's s. 7 right to silence — New trial properly ordered — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales) 952

Administrative law — Natural justice — Independence of members of Quebec Commission des affaires sociales — Institutionalized consultation procedure — Draft decisions systematically sent to Commission's legal counsel for verification and consultation — Plenary meeting requested in certain cases by commissioners responsible for making decision or by president of Commission to discuss a given question — Meetings held so as to arrive at a consensus: voting, taking of attendance and keeping of minutes — Whether consultation process created by Commission consistent with rules of natural justice — An Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34, s. 10.

Administrative law — Natural justice — Appearance of bias — *Audi alteram partem* — Quebec Commission des affaires sociales — Unanimous draft decision prepared by two commissioners present at hearing reviewed by Commission president who proposed a contrary opinion — Convening of plenary meeting of Commission to discuss question of law raised — Disagreement among commissioners responsible for making decision following meeting — Question decided by president — Whether active role played by president violates rules of natural justice — An Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34, s. 10.

Courts — Administrative tribunals — Confidentiality of deliberations — Objections by Quebec Commission des affaires sociales to questions from social aid recipient concerning formal consultation process set up by Commission — Whether objections to evidence based on deliberative secrecy should be dismissed.

United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General) 901

Criminal law — Criminal contempt of court — Directives of provincial tribunal filed in superior court as orders of that court — Union breached these orders and held in criminal contempt — Whether union had the status to be found in criminal contempt — Whether the offence of criminal contempt violated Charter — Whether a directive of a provincial board filed in superior court gave rise to criminal contempt — Labour Relations Act, R.S.A. 1980, c. L-1.1, s. 142(7) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 11(a), (g) — Constitution

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

a mal résumé la preuve concernant l'accès à la voiture de l'accusé — Le juge du procès n'a pas corrigé l'erreur de l'avocat de la défense dans ses directives au jury — L'acquiescement de l'accusé a été annulé par la Cour d'appel et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée — Le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si la preuve avait été bien résumée.

R. c. Van Haarlem..... 982

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Preuve composée d'une conversation de l'accusé avec un agent — L'utilisation de cette preuve ordonnée par la Cour d'appel ne viole pas le droit de garder le silence que l'art. 7 garantit à l'accusé — Nouveau procès ordonné à bon droit — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales) 952

Droit administratif — Justice naturelle — Indépendance des membres de la Commission des affaires sociales du Québec — Procédure de consultation institutionnalisée — Projet de décision envoyé systématiquement au conseiller juridique de la Commission pour vérification et consultation — Réunion plénière convoquée dans certains cas par les commissaires chargés de rendre la décision ou par le président de la Commission pour discuter d'une question donnée — Réunions menées de façon à dégager un consensus: vote, prise des présences et rédaction d'un procès-verbal — Le mécanisme de consultation mis en place par la Commission est-il conforme aux principes de justice naturelle? — Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34, art. 10.

Droit administratif — Justice naturelle — Apparence de partialité — Droit d'être entendu — Commission des affaires sociales du Québec — Projet de décision unanime préparé par les deux commissaires présents à l'audience examiné par le président de la Commission qui propose une opinion contraire — Convocation d'une réunion plénière de la Commission pour discuter de la question de droit en litige — Désaccord entre les commissaires chargés de rendre la décision suite à cette réunion — Question en litige tranchée par le président — Le rôle actif joué par le président viole-t-il les principes de justice naturelle? — Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34, art. 10.

Tribunaux — Tribunaux administratifs — Caractère confidentiel du délibéré — Objections de la Commission des affaires sociales du Québec aux questions du bénéficiaire portant sur le processus de consultation formel mis sur pied par la Commission — Les objections à la preuve basées sur le secret du délibéré doivent-elles être rejetées?

United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général) 901

Droit criminel — Outrage criminel au tribunal — Directives d'un tribunal provincial déposées en cour supérieure en tant qu'ordonnances de cette cour — Le syndicat ayant violé ces

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Act, 1867, s. 96 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal law — Criminal contempt of court — Directives of provincial tribunal filed in superior court as orders of that court — Union breached these orders and held in criminal contempt — Whether union had the status to be found in criminal contempt — Whether the offence of criminal contempt violated Charter — Whether a directive of a provincial board filed in superior court gave rise to criminal contempt.

Constitutional law — Charter of Rights — Protections availing accused on criminal law trial — Cross-examination — Right to cross-examine on certain affidavits refused because accused unable to establish relevancy of cross-examination in advance — Whether the proceedings violated the Charter because the union was not permitted to cross-examine on the affidavits.

Williams v. Canada..... 877

Income tax — Exemptions — Regular and enhanced unemployment insurance benefits received by Indian residing on reserve — Indian qualifying for benefits for work done on reserve — Test for situs of unemployment insurance benefits — Whether benefits exempt from tax under Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 87 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(a)(iv).

Indians — Taxation — Exemptions — Regular and enhanced unemployment insurance benefits received by Indian residing on reserve — Indian qualifying for benefits for work done on reserve — Test for situs of unemployment insurance benefits — Whether benefits exempt from tax under Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 87 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(a)(iv).

SOMMAIRE (Fin)

ordonnances, il a été reconnu coupable d'outrage criminel — Le syndicat avait-il la capacité juridique d'être reconnu coupable d'outrage criminel? — L'infraction que constitue l'outrage criminel viole-t-elle la Charte? — Une directive émise par une commission provinciale et déposée en cour supérieure peut-elle donner lieu à un outrage criminel? — Labour Relations Act, R.S.A. 1980, ch. L-1.1, art. 142(7) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 11a), g) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit criminel — Outrage criminel au tribunal — Directives d'un tribunal provincial déposées en cour supérieure en tant qu'ordonnances de cette cour — Le syndicat ayant violé ces ordonnances, il a été reconnu coupable d'outrage criminel — Le syndicat avait-il la capacité juridique d'être reconnu coupable d'outrage criminel? — L'infraction que constitue l'outrage criminel viole-t-elle la Charte? — Une directive émise par une commission provinciale et déposée en cour supérieure peut-elle donner lieu à un outrage criminel?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties dont peut se prévaloir un accusé lors d'un procès au criminel — Contre-interrogatoire — Refus du droit de contre-interroger sur certains affidavits pour le motif que l'accusé ne pouvait préalablement établir la pertinence du contre-interrogatoire — Le syndicat n'ayant pas été autorisé à contre-interroger sur les affidavits, la procédure a-t-elle violé la Charte?

Williams c. Canada..... 877

Impôt sur le revenu — Exemptions — Prestations régulières et majorées d'assurance-chômage reçues par un Indien habitant une réserve — Indien admissible aux prestations en raison du travail effectué sur la réserve — Critère du situs des prestations d'assurance-chômage — Les prestations sont-elles exemptes d'impôt en vertu de la Loi sur les Indiens? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 87 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)(a)(iv).

Indiens — Taxation — Exemptions — Prestations régulières et majorées d'assurance-chômage reçues par un Indien habitant une réserve — Indien admissible aux prestations en raison du travail effectué sur la réserve — Critère du situs des prestations d'assurance-chômage — Les prestations sont-elles exemptes d'impôt en vertu de la Loi sur les Indiens? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 87 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)(a)(iv).

Glenn Williams Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: WILLIAMS v. CANADA

File No.: 22116.

1991: October 10; 1992: April 16.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Exemptions — Regular and enhanced unemployment insurance benefits received by Indian residing on reserve — Indian qualifying for benefits for work done on reserve — Test for situs of unemployment insurance benefits — Whether benefits exempt from tax under Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1970, c. 1-6, s. 87 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(a)(iv).

Indians — Taxation — Exemptions — Regular and enhanced unemployment insurance benefits received by Indian residing on reserve — Indian qualifying for benefits for work done on reserve — Test for situs of unemployment insurance benefits — Whether benefits exempt from tax under Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1970, c. 1-6, s. 87 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(a)(iv).

The appellant, a member of an Indian Band, received regular unemployment insurance benefits in 1984 for which he qualified because of his former employment with a logging company, and his employment by the Band in a "NEED" project. In both cases, the work was performed on the reserve, the employer was located on the reserve, and the appellant was paid on the reserve. In addition to regular benefits, the appellant also received "enhanced" unemployment insurance benefits paid in respect of a job creation project administered on the reserve by the Band, pursuant to a written agreement between the Band and the Canada Employment and Immigration Commission. The regular and enhanced benefits were paid by the Commission's regional computer centre in Vancouver.

Glenn Williams Appellant

c.

^a **Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: WILLIAMS c. CANADA

^b N° du greffe: 22116.

1991: 10 octobre; 1992: 16 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Exemptions — Prestations régulières et majorées d'assurance-chômage reçues par un Indien habitant une réserve — Indien admissible aux prestations en raison du travail effectué sur la réserve — Critère du situs des prestations d'assurance-chômage — Les prestations sont-elles exemptes d'impôt en vertu de la Loi sur les Indiens? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. 1-6, art. 87 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)a)(iv).

Indiens — Taxation — Exemptions — Prestations régulières et majorées d'assurance-chômage reçues par un Indien habitant une réserve — Indien admissible aux prestations en raison du travail effectué sur la réserve — Critère du situs des prestations d'assurance-chômage — Les prestations sont-elles exemptes d'impôt en vertu de la Loi sur les Indiens? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. 1-6, art. 87 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)a)(iv).

En 1984, l'appellant, un membre d'une bande indienne, a reçu des prestations régulières d'assurance-chômage auxquelles il était admissible parce qu'il avait travaillé pour une société d'exploitation forestière, puis pour la bande dans le cadre d'un projet «RELAIS». Dans les deux cas, le travail a été accompli sur la réserve, l'employeur était situé sur la réserve et l'appellant a été payé sur la réserve. Outre les prestations régulières d'assurance-chômage, l'appellant a reçu des prestations «majorées» versées dans le cadre d'un projet créateur d'emplois, administré par la bande sur la réserve, conformément à un accord écrit entre la bande et la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada. Les prestations régulières et majorées ont été versées par le centre régional d'informatique de la Commission, situé à Vancouver.

The appellant received a notice of assessment by the Minister of National Revenue which included in his income for 1984 the regular and enhanced unemployment insurance benefits. The appellant contested the assessment but his objection was overruled by the Minister. The appellant then appealed to the Federal Court, Trial Division which concluded that, under the *Indian Act*, both the regular and enhanced unemployment insurance benefits were exempt from taxation. The Federal Court of Appeal set aside the judgment holding that only the enhanced portion of those benefits was exempt. The issue in this case is the *situs* of unemployment insurance benefits received by an Indian for the purpose of the exemption from taxation provided by s. 87 of the *Indian Act*.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal should be dismissed.

The *situs* of the receipt of unemployment insurance benefits cannot be determined in the same way the conflict of laws determines the *situs* of a debt. To simply adopt general conflicts of law principles and to apply the "residence of the debtor" test in the present context would be entirely out of keeping with the scheme and purposes of the *Indian Act* and *Income Tax Act*. While the residence of the debtor may remain an important factor, or even the exclusive one, this conclusion cannot be directly drawn from an analysis of how the conflict of laws deals with such an issue.

The proper approach to determining the *situs* of intangible personal property is for a court to evaluate the various connecting factors which tie the property to one location or another. In the context of the exemption from taxation in the *Indian Act*, the connecting factors which are potentially relevant should be weighed in light of three important considerations: the purpose of the exemption; the type of property in question; and the incidence of taxation upon that property. Given the purpose of the exemption, the ultimate question is to what extent each connecting factor is relevant in determining whether taxing the particular kind of property in a particular manner would erode the entitlement of an Indian *qua* Indian to personal property on the reserve.

The location of the employment which gave rise to the qualification for the unemployment insurance benefits is a particularly relevant factor in identifying the *situs* of the benefits. The connection between the previous employment and the benefits is a strong one. The

L'appelant a reçu du ministre du Revenu national un avis de cotisation qui incluait dans son revenu, pour l'année d'imposition 1984, les prestations régulières et les prestations majorées d'assurance-chômage. L'appelant s'est opposé à la cotisation, mais le ministre n'a pas fait droit à cette opposition. L'appelant a alors interjeté appel à la Section de première instance de la Cour fédérale qui a conclu qu'en vertu de la *Loi sur les Indiens*, tant les prestations régulières que les prestations majorées d'assurance-chômage étaient exemptes d'impôt. La Cour d'appel fédérale a annulé ce jugement et décidé que seules les prestations majorées étaient exemptes d'impôt. Le présent pourvoi soulève la question du *situs* des prestations d'assurance-chômage reçues par un Indien aux fins de l'exemption fiscale prévue à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Le *situs* de la réception des prestations d'assurance-chômage ne peut être déterminé de la même manière que le droit international privé détermine le *situs* d'une dette. Il serait complètement contraire à l'économie et aux objets de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'adopter simplement les principes généraux du droit international privé et d'appliquer le critère de la «résidence du débiteur» dans le présent contexte. Bien que la résidence du débiteur puisse demeurer un facteur important, voire même le seul, on ne saurait arriver directement à cette conclusion à partir d'une analyse de la façon dont le droit international privé tranche cette question.

Pour déterminer le *situs* d'un bien personnel incorporel, il faut qu'un tribunal évalue divers facteurs de rattachement qui relient le bien à un endroit ou à l'autre. Dans le contexte de l'exemption fiscale prévue dans la *Loi sur les Indiens*, les facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents devraient être évalués en fonction de trois choses importantes: l'objet de l'exemption, le genre de bien en cause et l'incidence fiscale sur ce bien. Compte tenu de l'objet de l'exemption, il s'agit de déterminer dans quelle mesure chaque facteur de rattachement est pertinent pour décider si le fait d'imposer d'une certaine manière ce type de bien particulier porterait atteinte au droit d'un Indien à titre d'Indien de déterminer des biens personnels sur la réserve.

Le lieu de l'emploi qui a rendu admissible aux prestations d'assurance-chômage constitue un facteur particulièrement utile pour déterminer le *situs* des prestations. Il y a un lien étroit entre l'emploi antérieur et les prestations. Les prestations sont fonction des cotisations

benefits are based on premiums arising out of previous employment, not general tax revenue, and the duration and extent of the benefits are tied to the terms of employment during a specified period. The manner in which unemployment insurance benefits are treated for the purposes of taxation further strengthens this connection, as there is a symmetry of treatment in the taxation of premiums and benefits, since premiums are tax-deductible and benefits are taxed. For an Indian whose qualifying employment income was on the reserve, however, the symmetry in the tax implications of premiums and benefits breaks down. The original employment income was tax-exempt and the taxation paid on the subsequent benefits does more than merely offset the tax saved by virtue of the premiums. It is an erosion of the entitlements created by the Indian's employment on the reserve.

In this case, since the location of the qualifying employment was on the reserve, the benefits received by the appellant were also located on the reserve. This conclusion also applies to the enhanced benefits. The appellant only qualified for participation in the job-creation program because he had been receiving regular unemployment insurance benefits, that is, because of his prior employment that had ceased. It follows that both the regular and enhanced benefits were exempt from taxation pursuant to s. 87 of the *Indian Act*.

The question of the relevance of the residence of the recipient of the benefits at the time of receipt does not arise in this case since it was also on the reserve. The residence of the debtor and the place where the benefits are paid are connecting factors of limited weight in the context of unemployment insurance benefits.

Cases Cited

Referred to: *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *The Queen v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103; *New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532.

déoulant de l'emploi antérieur et non des recettes fiscales générales, et la durée et le montant des prestations sont liés aux conditions d'emploi pendant une période précise. La façon dont les prestations d'assurance-chômage sont traitées sur le plan fiscal renforce davantage ce lien puisqu'il y a concordance de traitement en matière d'imposition des cotisations et des prestations en ce que les cotisations sont déductibles mais les prestations imposables. Toutefois, dans le cas d'un Indien dont le revenu d'emploi qui donne droit à des prestations était situé sur la réserve, la concordance entre les incidences fiscales des cotisations et des prestations disparaît. Le revenu d'emploi initial était exonéré d'impôt et l'impôt payé sur les prestations subséquentes fait donc plus que compenser les économies d'impôt réalisées grâce au versement de cotisations. Il s'agit d'une atteinte aux droits engendrés par le fait que l'Indien travaillait sur la réserve.

d En l'espèce, vu que la réserve était le lieu de l'emploi donnant droit aux prestations, les prestations reçues par l'appelant étaient elles aussi situées sur la réserve. La même conclusion vaut pour les prestations majorées. L'appelant était admissible à participer au programme créateur d'emplois seulement parce qu'il avait reçu des prestations régulières d'assurance-chômage, c'est-à-dire à cause de son emploi antérieur qui était terminé. Il s'ensuit que les prestations tant régulières que majorées étaient exemptes d'impôt conformément à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*.

La question de la pertinence de la résidence de la personne qui reçoit les prestations au moment de leur réception ne se pose pas en l'espèce puisqu'elle était également sur la réserve. La résidence du débiteur et l'endroit où les prestations sont versées sont des facteurs de rattachement dont l'importance est limitée dans le contexte des prestations d'assurance-chômage.

h Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *La Reine c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103; *New York Life Insurance Co. c. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532.

Statutes and Regulations Cited

Employment and Immigration Department and Commission Act, S.C. 1976-77, c. 54, s. 11.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(a)(iv) [am. 1980-81-82-83, c. 140, s. 26].
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, ss. 87 [am. 1980-81-82-83, c. 47, s. 25], 89, 90.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 38(3) [ad. 1976-77, c. 54, s. 41].

Authors Cited

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
 Cheshire, G. C. and P. M. North. *Private International Law*, 11th ed. By P. M. North and J. J. Fawcett. London: Butterworths, 1987.
 Dicey, A. V. and J. H. C. Morris. *The Conflict of Laws*, vol. 2, 11th ed. By Lawrence Collins and Others. London: Stevens & Sons, 1987.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 169, 72 D.L.R. (4th) 336, 109 N.R. 223, 32 C.C.E.L. 1, 90 D.T.C. 6399, [1990] 2 C.T.C. 124, [1991] 2 C.N.L.R. 172, setting aside a judgment of the Trial Division, [1989] 2 F.C. 318, 24 F.T.R. 169, 24 C.C.E.L. 119, 89 D.T.C. 5032, [1989] 1 C.T.C. 117, [1989] 1 C.N.L.R. 184. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

G. S. Snarch and T. R. Wintjes, for the appellant.

David Sgayias, Q.C., and *Bonnie F. Moon*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—At issue in this case is the *situs* of unemployment insurance benefits received by an Indian for the purpose of the exemption from taxation provided by s. 87 of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6 (now R.S.C., 1985, c. I-5).

Lois et règlements cités

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 38(3) [aj. 1976-77, ch. 54, art. 41].
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1)a(iv) [mod. 1977-78, ch. 1, art. 101; mod. 1980-81-82-83, ch. 140, art. 26].
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 87 [mod. 1980-81-82-83, ch. 47, art. 25], 89, 90.
Loi sur le ministère et sur la Commission de l'emploi et de l'immigration, S.C. 1976-77, ch. 54, art. 11.

Doctrine citée

Castel, J.-G. *Canadian Conflict of Laws*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
 Cheshire, G. C. and P. M. North. *Private International Law*, 11th ed. By P. M. North and J. J. Fawcett. London: Butterworths, 1987.
 Dicey, A. V. and J. H. C. Morris. *The Conflict of Laws*, vol. 2, 11th ed. By Lawrence Collins and Others. London: Stevens & Sons, 1987.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 169, 72 D.L.R. (4th) 336, 109 N.R. 223, 32 C.C.E.L. 1, 90 D.T.C. 6399, [1990] 2 C.T.C. 124, [1991] 2 C.N.L.R. 172, qui a annulé un jugement de la Section de première instance, [1989] 2 C.F. 318, 24 F.T.R. 169, 24 C.C.E.L. 119, 89 D.T.C. 5032, [1989] 1 C.T.C. 117, [1989] 1 C.N.L.R. 184. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

G. S. Snarch et T. R. Wintjes, pour l'appelant.

David Sgayias, c.r., et *Bonnie F. Moon*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—Le présent pourvoi soulève la question du *situs* des prestations d'assurance-chômage reçues par un Indien aux fins de l'exemption fiscale prévue à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6 (maintenant L.R.C. (1985), ch. I-5).

I—Facts and Procedural History

The appellant received a notice of assessment by the Minister of National Revenue which included in his income, for the taxation year 1984, certain unemployment insurance benefits. The appellant contested the assessment. His objection was overruled by the Minister of National Revenue. The appellant appealed to the Federal Court, Trial Division: [1989] 2 F.C. 318, 24 F.T.R. 169, 24 C.C.E.L. 119, 89 D.T.C. 5032, [1989] 1 C.T.C. 117, [1989] 1 C.N.L.R. 184. The appeal proceeded on the basis of an agreed statement of facts.

At all material times, the appellant was a member of the Penticton Indian Band and resided on the Penticton Indian Reserve No. 1. In 1984 he received regular unemployment insurance benefits for which he qualified because of his former employment with a logging company situated on the reserve, and his employment by the Band in a "NEED" project on the reserve. In both cases, the work was performed on the reserve, the employer was located on the reserve, and the appellant was paid on the reserve. During his employment, contributions to the unemployment insurance scheme were paid both by the appellant and his employers.

All of the regular unemployment insurance benefits were paid by federal government cheques mailed from the Canada Employment and Immigration Commission's regional computer centre in Vancouver. (While the instruments of payment may not technically have been cheques, this is of no consequence in this appeal.)

In addition to regular benefits, the appellant also received "enhanced" unemployment insurance benefits paid in respect of a job creation project administered on the reserve by the Band, pursuant to a written agreement between the Band and the Commission. The appellant was employed pursuant to this project in work which took place on the reserve, during a time in which he would otherwise have received regular benefits. The Band paid the appellant \$60 per week during the program. The

I—Les faits et les procédures

L'appelant a reçu du ministre du Revenu national un avis de cotisation qui incluait dans son revenu, pour l'année d'imposition 1984, certaines prestations d'assurance-chômage. L'appelant s'est opposé à la cotisation. Le ministre du Revenu national n'a pas fait droit à cette opposition. L'appelant a interjeté appel à la Cour fédérale, siégeant en première instance: [1989] 2 C.F. 318, 24 F.T.R. 169, 24 C.C.E.L. 119, 89 D.T.C. 5032, [1989] 1 C.T.C. 117, [1989] 1 C.N.L.R. 184. L'appel était appuyé d'un exposé conjoint des faits.

Pendant toute la période en cause, l'appelant, un membre de la bande indienne de Penticton, habitait la réserve indienne n° 1 de Penticton. En 1984, il a reçu des prestations régulières d'assurance-chômage auxquelles il était admissible parce qu'il avait travaillé pour une société d'exploitation forestière située sur la réserve, puis pour la bande, sur la réserve, dans le cadre d'un projet «RELAIS». Dans les deux cas, le travail a été accompli sur la réserve, l'employeur était situé sur la réserve et l'appelant a été payé sur la réserve. Pendant la durée de son emploi, l'appelant et ses employeurs ont tous deux contribué au régime d'assurance-chômage.

Toutes les prestations régulières d'assurance-chômage ont été versées au moyen de chèques du gouvernement fédéral postés depuis le centre régional d'informatique de la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada, situé à Vancouver. (Bien que les instruments de paiement n'aient peut-être pas été techniquement parlant des chèques, cela ne tire pas à conséquence dans le présent pourvoi.)

Outre les prestations régulières d'assurance-chômage, l'appelant a reçu des prestations «majorées» versées dans le cadre d'un projet créateur d'emplois, administré par la bande sur la réserve, conformément à un accord écrit entre la bande et la Commission. L'appelant a travaillé, dans le cadre de ce projet qui s'est déroulé sur la réserve, pendant une période au cours de laquelle il aurait, par ailleurs, reçu des prestations régulières. La bande a versé à l'appelant la somme de 60 \$ par semaine

enhanced benefits constituted the bulk of the appellant's remuneration for his work in this program.

Section 38 of the *Unemployment Insurance Act*, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, authorized the creation of such programs on a general basis, without any limitation to Indians. The enhanced unemployment insurance benefits were also paid by the Commission's regional computer centre in Vancouver.

The issue at trial was whether the unemployment insurance benefits received by the appellant were exempt from taxation pursuant to s. 87 of the *Indian Act*. With regard to the requirements of that section, the disputed issue was whether the benefits received by the appellant were "situated" on a reserve.

Cullen J. agreed with the appellant's argument that the *situs* of the benefits was on the reserve. While acknowledging that prior cases had focused on the residence of the debtor in order to determine the *situs* of a debt, Cullen J. was of the view that the residence of the debtor was only one of a number of "connecting factors" which must be examined in order to determine *situs*. In this case, all the connecting factors except the residence of the debtor suggested that the *situs* of the debt was on the reserve.

Cullen J. also found that the enhanced unemployment insurance benefits had been given to the appellant due, in part, to an agreement between the Band and the government, so that the benefits in question were deemed to be situated on a reserve by reason of s. 90 of the *Indian Act*.

In the result, Cullen J. found that the appellant had established that the relevant provisions of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, and the *Indian Act* operated to exempt both the regular and enhanced unemployment insurance benefits from taxation.

pendant la durée du programme. Les prestations majorées ont constitué la majeure partie de la rémunération de l'appelant pour sa participation au programme.

L'article 38 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, autorisait l'établissement de ces programmes de manière générale, sans en restreindre l'application aux Indiens. Les prestations majorées d'assurance-chômage ont également été versées par le centre régional d'informatique de la Commission, situé à Vancouver.

La question en litige en première instance était de déterminer si les prestations d'assurance-chômage reçues par l'appelant étaient exemptes d'impôt conformément à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*. Quant aux exigences de cet article, il s'agissait de déterminer si les prestations reçues par l'appelant étaient «situées» sur une réserve.

Le juge Cullen a accepté l'argument de l'appelant que le *situs* des prestations était sur la réserve. Tout en reconnaissant que la jurisprudence antérieure avait mis l'accent sur la résidence du débiteur pour déterminer le *situs* d'une dette, le juge Cullen a estimé que la résidence du débiteur ne constituait que l'un des «facteurs pertinents» ou «de rattachement» dont il faut tenir compte pour déterminer le *situs*. En l'espèce, tous les facteurs de rattachement, sauf la résidence du débiteur, donnaient à entendre que le *situs* de la dette était sur la réserve.

Le juge Cullen a aussi conclu que les prestations majorées d'assurance-chômage avaient été versées à l'appelant en raison notamment d'un accord entre la bande et le gouvernement, de sorte qu'elles étaient réputées situées sur une réserve en application de l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens*.

En définitive, le juge Cullen a conclu que l'appelant avait prouvé que les dispositions pertinentes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, et de la *Loi sur les Indiens* avaient pour effet d'exempter d'impôt tant les prestations régulières que les prestations majorées d'assurance-chômage.

The respondent appealed the decision of the Trial Division to the Federal Court of Appeal: [1990] 3 F.C. 169, 72 D.L.R. (4th) 336, 109 N.R. 223, 32 C.C.E.L. 1, 90 D.T.C. 6399, [1990] 2 C.T.C. 124, [1991] 2 C.N.L.R. 172. The Federal Court of Appeal distinguished between the regular unemployment insurance benefits and the enhanced unemployment insurance benefits in assessing their liability to taxation. Stone J.A. held that the regular benefits were not exempt from income tax by virtue of s. 87(b) of the *Indian Act* because they were not "property . . . situated on a reserve". Stone J.A. rejected the trial judge's "connecting factors" test and stated that the leading cases had been decided in accordance with the well-established contract principle that, in the absence of an intention in the contract to the contrary, the residence of the debtor determines the *situs* of a simple contract debt. The debt in this case was therefore situated off the reserve.

However, with regard to the enhanced unemployment insurance benefits, the Federal Court of Appeal agreed with the trial judge that s. 90(1)(b) can apply to agreements whereby a band merely participates in a national program. The court decided that these enhanced benefits did fall within s. 90(1)(b), and were therefore exempt from taxation.

The Federal Court of Appeal thus allowed the appeal in part, set aside the judgment of the Federal Court, Trial Division, and referred the matter back to the Minister of National Revenue for reassessment on the basis that the regular unemployment insurance benefits received by the appellant were not exempt from income tax but the enhanced portion of those benefits were exempt.

II—Relevant Statutory Provisions

The following sections of the *Indian Act* are relevant to the issues to be determined in this appeal:

L'intimée a interjeté appel du jugement de la Cour fédérale, Section de première instance: [1990] 3 C.F. 169, 72 D.L.R. (4th) 336, 109 N.R. 223, 32 C.C.E.L. 1, 90 D.T.C. 6399, [1990] 2 C.T.C. 124, [1991] 2 C.N.L.R. 172. La Cour d'appel fédérale a établi une distinction entre les prestations régulières et les prestations majorées d'assurance-chômage dans la détermination de leur assujettissement à l'impôt. Le juge Stone a statué que les prestations régulières ne sont pas exonérées de l'impôt sur le revenu en vertu de l'al. 87b) de la *Loi sur les Indiens* parce que ce ne sont pas des «biens [. . .] situés sur une réserve». Le juge Stone a rejeté le critère des «facteurs de rattachement» énoncé par le juge de première instance et a affirmé que les arrêts de principe en la matière étaient fondés sur le précepte contractuel bien établi qu'en l'absence d'une intention contraire dans le contrat, c'est la résidence du débiteur qui détermine le *situs* d'une simple dette contractuelle. En l'espèce, la dette était donc située en dehors de la réserve.

Toutefois, en ce qui concerne les prestations majorées d'assurance-chômage, la Cour d'appel fédérale a souscrit à l'opinion du juge de première instance que l'al. 90(1)b) peut s'appliquer aux accords aux termes desquels une bande participe simplement à un programme national. La cour a décidé que ces prestations majorées étaient visées par l'al. 90(1)b) et se trouvaient donc exemptes d'impôt.

En conséquence, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel en partie, annulé le jugement de la Cour fédérale, Section de première instance, et renvoyé l'affaire au ministre du Revenu national afin qu'il établisse une nouvelle cotisation en tenant compte du fait que les prestations régulières d'assurance-chômage reçues par l'appellant n'étaient pas exonérées de l'impôt sur le revenu mais que les prestations majorées l'étaient.

II—Les dispositions législatives pertinentes

Les articles ci-après de la *Loi sur les Indiens* sont pertinents pour trancher les questions en litige dans le présent pourvoi:

87. Notwithstanding any other Act of the Parliament of Canada or any Act of the legislature of a province, but subject to section 83, the following property is exempt from taxation, namely:

- (a) the interest of an Indian or a band in reserve or surrendered lands; and
- (b) the personal property of an Indian or band situated on a reserve;

and no Indian or band is subject to taxation in respect of the ownership, occupation, possession or use of any property mentioned in paragraph (a) or (b) or is otherwise subject to taxation in respect of any such property; and no succession duty, inheritance tax or estate duty is payable on the death of any Indian in respect of any such property or the succession thereto if the property passes to an Indian, nor shall any such property be taken into account in determining the duty payable under the *Dominion Succession Duty Act*, being chapter 89 of the Revised Statutes of Canada, 1952, or the tax payable under the *Estate Tax Act*, on or in respect of other property passing to an Indian.

89. (1) Subject to this Act, the real and personal property of an Indian or a band situated on a reserve is not subject to charge, pledge, mortgage, attachment, levy, seizure, distress or execution in favour or at the instance of any person other than an Indian.

(2) A person who sells to a band or a member of a band a chattel under an agreement whereby the right of property or right of possession thereto remains wholly or in part in the seller, may exercise his rights under the agreement notwithstanding that the chattel is situated on a reserve.

90. (1) For the purposes of sections 87 and 89, personal property that was

- (a) purchased by Her Majesty with Indian moneys or moneys appropriated by Parliament for the use and benefit of Indians or bands, or
- (b) given to Indians or to a band under a treaty or agreement between a band and Her Majesty,

shall be deemed always to be situated on a reserve.

(2) Every transaction purporting to pass title to any property that is by this section deemed to be situated on a reserve, or any interest in such property, is void unless the transaction is entered into with the consent of the

87. Nonobstant toute autre loi du Parlement du Canada ou toute loi de la législature d'une province, mais sous réserve de l'article 83, les biens suivants sont exemptés de taxation, à savoir:

- a) l'intérêt d'un Indien ou d'une bande dans une réserve ou des terres cédées; et
- b) les biens personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve;

et nul Indien ou bande n'est assujéti à une taxation concernant la propriété, l'occupation, la possession ou l'usage d'un bien mentionné aux alinéas a) ou b) ni autrement soumis à une taxation quant à l'un de ces biens. Aucun droit de mutation par décès, taxe d'héritage ou droit de succession n'est exigible à la mort d'un Indien en ce qui concerne un bien de cette nature ou la succession audit bien, si ce dernier est transmis à un Indien, et il ne sera tenu compte d'aucun bien de cette nature en déterminant le droit payable, en vertu de la *Loi fédérale sur les droits successoraux*, chapitre 89 des Statuts révisés du Canada de 1952, ou l'impôt payable en vertu de la *Loi de l'impôt sur les biens transmis par décès*, sur d'autres biens transmis à un Indien ou à l'égard de ces autres biens.

89. (1) Sous réserve de la présente loi, les biens réels et personnels d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve ne peuvent pas faire l'objet d'un privilège, d'un nantissement, d'une hypothèque, d'une opposition, d'une réquisition, d'une saisie ou d'une exécution en faveur ou à la demande d'une personne autre qu'un Indien.

(2) Une personne, qui vend à une bande ou à un membre d'une bande un bien meuble en vertu d'une entente selon laquelle le droit de propriété ou le droit de possession y relatif demeure acquis en tout ou en partie au vendeur, peut exercer ses droits aux termes de l'entente, même si le bien meuble est situé sur une réserve.

90. (1) Pour l'application des articles 87 et 89, les biens personnels qui ont été

- a) achetés par Sa Majesté avec des deniers des Indiens ou des fonds votés par le Parlement à l'usage et au profit d'Indiens ou de bandes, ou
- b) donnés aux Indiens ou à une bande en vertu d'un traité ou accord entre une bande et Sa Majesté,

sont toujours tenus pour situés sur une réserve.

(2) Toute opération tendant à transporter le titre à un bien considéré, selon le présent article, comme situé sur une réserve, ou tout intérêt dans un semblable bien, est nulle à moins qu'elle n'ait lieu avec le consentement du

Minister or is entered into between members of a band or between the band and a member thereof.

(3) Every person who enters into any transaction that is void by virtue of subsection (2) is guilty of an offence, and every person who, without the written consent of the Minister, destroys personal property that is by this section deemed to be situated on a reserve, is guilty of an offence.

The following section of the *Income Tax Act* is relevant to this appeal:

56. (1) Without restricting the generality of section 3, there shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year,

(a) any amount received by the taxpayer in the year as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,

(iv) a benefit under the *Unemployment Insurance Act, 1971* . . .

III—Framing the Issues

In order to decide the basis upon which a *situs* is to be assigned to the unemployment insurance benefits in this case, it is necessary to explore the purposes of the exemption from taxation in s. 87 of the *Indian Act*, the nature of the benefits in question, and the manner in which the incidence of taxation falls upon the benefits to be taxed.

A—*The Nature and Purpose of the Exemption from Taxation*

The question of the purpose of ss. 87, 89 and 90 has been thoroughly addressed by La Forest J. in the case of *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. La Forest J. expressed the view that the purpose of these sections was to preserve the entitlements of Indians to their reserve lands and to ensure that the use of their property on their reserve lands was not eroded by the ability of governments to tax, or creditors to seize. The corollary of this conclusion was that the purpose of the sections was not to confer a general economic benefit upon the Indians (at pp. 130-31):

Ministre ou ne soit conclue entre des membres d'une bande ou entre une bande et l'un de ses membres.

(3) Quiconque conclut une opération déclarée nulle par le paragraphe (2) est coupable d'une infraction; est aussi coupable d'une infraction quiconque détruit, sans le consentement écrit du Ministre, un bien personnel considéré, selon le présent article, comme situé sur une réserve.

L'article ci-après de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est également pertinent aux fins du présent pourvoi:

56. (1) Sans restreindre la portée générale de l'article 3, sont à inclure dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition,

a) toute somme reçue par le contribuable dans l'année au titre, ou en paiement intégral ou partiel,

(iv) d'une prestation versée en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* . . .

III—Le contexte des questions en litige

Pour décider des éléments servant à déterminer le *situs* des prestations d'assurance-chômage en l'espèce, il est nécessaire d'examiner les objets de l'exemption fiscale prévue à l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens*, la nature des prestations en question ainsi que la façon dont l'incidence fiscale joue sur les prestations à taxer.

A—*La nature et l'objet de l'exemption fiscale*

Le juge La Forest a analysé en profondeur la question de l'objet des art. 87, 89 et 90 dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Il a conclu que ces articles visent à préserver les droits des Indiens sur leurs terres réservées et à assurer que la capacité des gouvernements d'imposer des taxes, ou celle des créanciers de saisir, ne porte pas atteinte à l'utilisation de leurs biens situés sur leurs terres réservées. La conséquence de cette conclusion était que les articles en question ne visent pas à conférer un avantage économique général aux Indiens (aux pp. 130 et 131):

The exemptions from taxation and distraint have historically protected the ability of Indians to benefit from this property in two ways. First, they guard against the possibility that one branch of government, through the imposition of taxes, could erode the full measure of the benefits given by that branch of government entrusted with the supervision of Indian affairs. Secondly, the protection against attachment ensures that the enforcement of civil judgments by non-natives will not be allowed to hinder Indians in the untrammelled enjoyment of such advantages as they had retained or might acquire pursuant to the fulfillment by the Crown of its treaty obligations. In effect, these sections shield Indians from the imposition of the civil liabilities that could lead, albeit through an indirect route, to the alienation of the Indian land base through the medium of foreclosure sales and the like; see Brennan J.'s discussion of the purpose served by Indian tax immunities in the American context in *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976), at p. 391.

In summary, the historical record makes it clear that ss. 87 and 89 of the *Indian Act*, the sections to which the deeming provision of s. 90 applies, constitute part of a legislative "package" which bears the impress of an obligation to native peoples which the Crown has recognized at least since the signing of the Royal Proclamation of 1763. From that time on, the Crown has always acknowledged that it is honour-bound to shield Indians from any efforts by non-natives to dispossess Indians of the property which they hold *qua* Indians, i.e., their land base and the chattels on that land base.

It is also important to underscore the corollary to the conclusion I have just drawn. The fact that the modern-day legislation, like its historical counterparts, is so careful to underline that exemptions from taxation and distraint apply only in respect of personal property situated on reserves demonstrates that the purpose of the legislation is not to remedy the economically disadvantaged position of Indians by ensuring that Indians may acquire, hold, and deal with property in the commercial mainstream on different terms than their fellow citizens. An examination of the decisions bearing on these sections confirms that Indians who acquire and deal in property outside lands reserved for their use, deal with it on the same basis as all other Canadians.

La Forest J. also noted that the protection from seizure is a mixed blessing, in that it removes the

Historiquement, les exemptions de taxe et de saisie ont protégé de deux façons la capacité des Indiens de profiter de cette propriété. Premièrement, elles empêchent qu'un palier de gouvernement, par l'imposition de taxes, puisse porter atteinte à l'intégrité des bénéfices accordés par le palier de gouvernement responsable du contrôle des affaires indiennes. Deuxièmement, la protection contre les saisies assure que l'exécution de jugements obtenus par des non-Indiens en matière civile ne pourra entraver les Indiens dans la libre jouissance des avantages qu'ils ont acquis ou pourront acquérir conformément à l'exécution par la Couronne de ses obligations prévues par traité. Dans les faits, ces articles ont protégé les Indiens contre l'imposition d'obligations de nature civile qui pouvaient conduire, quoique indirectement, à l'aliénation de leurs terres à la suite de ventes forcées et par d'autres moyens semblables; voir l'examen par le juge Brennan du but des exemptions de taxe accordées aux Indiens en contexte américain dans l'arrêt *Bryan v. Itasca County*, 426 U.S. 373 (1976), à la p. 391.

En résumé, le dossier historique indique clairement que les art. 87 et 89 de la *Loi sur les Indiens*, auxquels s'applique la présomption de l'art. 90, font partie d'un ensemble législatif qui fait état d'une obligation envers les peuples autochtones, dont la Couronne a reconnu l'existence tout au moins depuis la signature de la Proclamation royale de 1763. Depuis ce temps, la Couronne a toujours reconnu qu'elle est tenue par l'honneur de protéger les Indiens de tous les efforts entrepris par des non-Indiens pour les déposséder des biens qu'ils possèdent en tant qu'Indiens, c'est-à-dire leur territoire et les chatels qui y sont situés.

Il est également important de souligner la conséquence de la conclusion que je viens de tirer. Le fait que la loi contemporaine, comme sa contrepartie historique, prenne tant de soin pour souligner que les exemptions de taxe et de saisie ne s'appliquent que dans le cas des biens personnels situés sur des réserves démontre que l'objet de la Loi n'est pas de remédier à la situation économiquement défavorable des Indiens en leur assurant le pouvoir d'acquérir, de posséder et d'aliéner des biens sur le marché à des conditions différentes de celles applicables à leurs concitoyens. Un examen des décisions portant sur ces articles confirme que les Indiens qui acquièrent et aliènent des biens situés à l'extérieur des terres réservées à leur usage le font aux mêmes conditions que tous les autres Canadiens.

Le juge La Forest souligne également que la protection contre la saisie est un bien pour un mal

assets of an Indian on a reserve from the ordinary stream of commercial dealings (at pp. 146-47).

Therefore, under the *Indian Act*, an Indian has a choice with regard to his personal property. The Indian may situate this property on the reserve, in which case it is within the protected area and free from seizure and taxation, or the Indian may situate this property off the reserve, in which case it is outside the protected area, and more fully available for ordinary commercial purposes in society. Whether the Indian wishes to remain within the protected reserve system or integrate more fully into the larger commercial world is a choice left to the Indian.

The purpose of the *situs* test in s. 87 is to determine whether the Indian holds the property in question as part of the entitlement of an Indian *qua* Indian on the reserve. Where it is necessary to decide amongst various methods of fixing the location of the relevant property, such a method must be selected having regard to this purpose.

B—*Nature of Benefit and the Incidence of Taxation*

Section 56 of the *Income Tax Act* is the section which taxes income from unemployment insurance benefits. That section specifies that unemployment insurance benefits which are “received by the taxpayer in the year” are to be included in computing the income of a taxpayer. The parties have approached this question on the basis that what is being taxed is a debt owing from the Crown to the taxpayer on account of unemployment insurance which the taxpayer has qualified for. This is not precisely true, since the liability for taxation arises not when the debt (if that is what it is) arises, but rather when it is paid, and the money is received by the taxpayer. However, it is true that the taxation does not attach to the money in the hands of the taxpayer, but instead to the receipt by the taxpayer of the money. Thus, the incidence of taxation in the case of unemployment insurance bene-

en ce qu'elle soustrait du cours ordinaire des opérations commerciales les biens d'un Indien situés sur une réserve (aux pp. 146 et 147).

En conséquence, en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un Indien jouit d'un choix en ce qui concerne ses biens personnels. L'Indien peut situer ces biens sur la réserve, auquel cas les biens sont protégés contre la saisie et la taxation, ou il peut les situer hors de la réserve, auquel cas les biens sont situés à l'extérieur de la zone protégée et peuvent davantage être utilisés dans le cours des opérations commerciales ordinaires dans la société. Il appartient à l'Indien de décider s'il désire bénéficier du système de protection que constitue la réserve ou s'il veut s'intégrer davantage dans l'ensemble du monde des affaires.

Le critère du *situs*, à l'art. 87, a pour objet de déterminer si l'Indien détient les biens en question en vertu des droits qu'il possède à titre d'Indien sur la réserve. Lorsqu'il est nécessaire de choisir entre diverses méthodes de détermination de l'emplacement des biens pertinents, le choix doit se faire en tenant compte de cet objet.

B—*La nature des prestations et l'incidence fiscale*

L'article 56 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* porte sur l'imposition du revenu tiré de prestations d'assurance-chômage. Cet article précise que les prestations d'assurance-chômage qui sont «reçue[s] par le contribuable dans l'année» doivent être incluses dans le calcul du revenu de ce contribuable. Selon les parties, ce qui est imposé est une dette de la Couronne envers le contribuable au titre de l'assurance-chômage à laquelle ce dernier est admissible. Ce n'est pas tout à fait le cas puisqu'il y a assujettissement à l'impôt non pas au moment où la dette prend naissance (à supposer que ce soit vraiment une dette), mais plutôt au moment où le montant est reçu par le contribuable. Toutefois, il est exact que l'imposition vise non pas l'argent entre les mains du contribuable, mais bien la réception par celui-ci de l'argent en question. En conséquence, dans le cas des prestations d'assu-

fits is on the taxpayer in respect of the transaction, that is, the receipt of the benefit.

This Court's decision in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, stands for the proposition that the receipt of salary income is personal property for the purpose of the exemption from taxation provided by the *Indian Act*. I can see no difference between salary income and income from unemployment insurance benefits in this regard, therefore I hold that the receipt of income from unemployment insurance benefits is also personal property for the purposes of the *Indian Act*.

Nowegijick also stands for the proposition that the inclusion of personal property in the calculation of a taxpayer's income gives rise to a tax in respect of that personal property within the meaning of the *Indian Act*, despite the fact that the tax is on the person rather than on the property directly.

Therefore, most of the requirements of s. 87 of the *Indian Act* have clearly been met in this case. The receipt of unemployment insurance benefits is personal property. That property is owned by an Indian. The Indian is being taxed in respect of that property, since it is being included in his income for the purpose of income taxation. The remaining question is whether the property in question is situated on a reserve.

Since it is the receipt of the benefit that is taxed, the simplest argument would be that the *situs* of the receipt of the benefit is where it is received, which would generally be the residence of the taxpayer. However, the *Income Tax Act* qualifies "received" by "in the year". This suggests that the notion of "receipt" in the *Income Tax Act* has more to do with when the income is received, rather than where. Thus, aside from the fact that the incidence of taxation falls upon the transaction itself, rather than the money in the hands of the employer or the taxpayer, little ought to be made of the notion of receipt in this context.

rance-chômage, c'est le contribuable qui assume les conséquences fiscales à l'égard de l'opération, c'est-à-dire la réception des prestations.

L'arrêt de notre Cour *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, établit que la réception d'un revenu provenant d'un salaire constitue un bien personnel aux fins de l'exemption fiscale prévue par la *Loi sur les Indiens*. Je ne puis voir aucune différence à cet égard entre le revenu provenant d'un salaire et celui provenant de prestations d'assurance-chômage; j'estime donc que la réception d'un revenu provenant de prestations d'assurance-chômage constitue également un bien personnel aux fins de la *Loi sur les Indiens*.

L'arrêt *Nowegijick* établit également que l'inclusion d'un bien personnel dans le calcul du revenu d'un contribuable donne lieu à un impôt à l'égard de ce bien personnel au sens de la *Loi sur les Indiens*, bien qu'il s'agisse d'un impôt personnel plutôt que d'un impôt direct sur les biens.

En conséquence, la plupart des exigences de l'art. 87 de la *Loi sur les Indiens* ont clairement été remplies en l'espèce. La réception des prestations d'assurance-chômage constitue un bien personnel. Ce bien appartient à un Indien. L'Indien est imposé quant à ce bien, car il est inclus dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition. Il reste maintenant à savoir si le bien en question est situé sur une réserve.

Puisque c'est la réception de la prestation qui est imposée, le plus simple serait de faire valoir que le *situs* de la réception de la prestation est l'endroit où elle est reçue, ce qui serait généralement la résidence du contribuable. Toutefois, la *Loi de l'impôt sur le revenu* vient restreindre le sens du terme «reçue» au moyen de l'expression «dans l'année». Cela donne à entendre que la notion de «réception» dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise davantage le moment plutôt que l'endroit où le revenu est reçu. Ainsi, outre le fait que l'incidence fiscale se rattache à l'opération elle-même, plutôt qu'à l'argent entre les mains de l'employeur ou du contribuable, cette notion de réception a peu d'importance dans le présent contexte.

C—Comments on the “Residence of the Debtor”
Test

The factor identified in previous cases as being of primary importance to determine the *situs* of this kind of property is the residence of the debtor, that is, the person paying the income. This was clearly stated by Thurlow A.C.J. in *The Queen v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 (T.D.), at p. 109:

A chose in action such as the right to a salary in fact has no *situs*. But where for some purpose the law has found it necessary to attribute a *situs*, in the absence of anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary, the *situs* of a simple contract debt has been held to be the residence or place where the debtor is found. See Cheshire, *Private International Law*, seventh edition, pp. 420 *et seq.*

This conclusion was cited with approval by this Court in *Nowegijick v. The Queen*, *supra*, at p. 34:

The Crown conceded in argument, correctly in my view, that the *situs* of the salary which Mr. Nowegijick received was sited on the reserve because it was there that the residence or place of the debtor, the Gull Bay Development Corporation, was to be found and it was there the wages were payable. See Cheshire and North, *Private International Law* (10th ed., 1979) at pp. 536 *et seq.* and also the judgment of Thurlow A.C.J. in *R. v. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 F.C. 103 particularly at pp. 109 *et seq.*

The only justification given in these cases for locating the *situs* of a debt at the residence of the debtor is that this is the rule applied in the conflict of laws. The rationale for this rule in the conflict of laws is that it is at the residence of the debtor that the debt may normally be enforced. Cheshire and North, *Private International Law* (11th ed. 1987), quote Atkin L.J. to this effect in *New York Life Insurance Co. v. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101 (C.A.), at p. 119:

... the reason why the residence of the debtor was adopted as that which determined where the debt was

C—Commentaires sur le critère de la «résidence du débiteur»

Selon la jurisprudence antérieure, la résidence du débiteur, c'est-à-dire la personne qui paie le revenu, constitue un facteur d'importance primordiale lorsqu'il s'agit de déterminer le *situs* de ce genre de bien. C'est ce qu'a clairement affirmé le juge en chef adjoint Thurlow dans la décision *La Reine c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103 (1^{re} inst.), à la p. 109:

Un droit incorporel, comme le droit à un traitement, n'a véritablement pas de *situs*. Mais lorsque, pour une fin déterminée, la loi a jugé nécessaire de lui en attribuer un, et en l'absence de toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document, les tribunaux ont établi que le *situs* d'une simple dette contractuelle est la résidence du débiteur ou le lieu où il se trouve. Voir Cheshire, *Private International Law*, 7^e édition, pages 420 et suivantes.

Cette conclusion a également été citée et approuvée par notre Cour dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, précité, à la p. 34:

Sa Majesté a reconnu au cours des plaidoiries, avec raison selon moi, que le *situs* du salaire de M. Nowegijick était la réserve parce que c'est là où la débitrice, Gull Bay Development Corporation, avait sa résidence ou son lieu d'affaires et parce que c'est là que le salaire devait être payé. Voir Cheshire et North, *Private International Law* (10^e éd., 1979), aux pp. 536 *et suiv.* et aussi le jugement du juge en chef adjoint Thurlow dans l'affaire *R. c. National Indian Brotherhood*, [1979] 1 C.F. 103, particulièrement aux pp. 109 *et suivantes.*

La seule justification mentionnée, dans ces arrêts, à l'appui du choix de la résidence du débiteur comme *situs* d'une dette est qu'il s'agit là de la règle appliquée en droit international privé. La justification de cette règle en droit international privé est que c'est à la résidence du débiteur que l'on peut normalement faire exécuter le paiement d'une dette. Cheshire et North, dans *Private International Law* (11^e éd. 1987), citent les propos du lord juge Atkin dans l'arrêt *New York Life Insurance Co. c. Public Trustee*, [1924] 2 Ch. 101 (C.A.), à la p. 119:

[TRADUCTION] ... on a choisi la résidence du débiteur pour déterminer l'emplacement de la dette parce que

situate was because it was in that place where the debtor was that the creditor could, in fact, enforce payment of the debt.

Dicey and Morris adopt the same explanation in *The Conflict of Laws* (11th ed. 1987), vol. 2, at p. 908, as does Castel in *Canadian Conflict of Laws* (2nd ed. 1986), at p. 401. This may be reasonable for the general purposes of conflicts of laws. However, one must inquire as to its utility for the purposes underlying the exemption from taxation in the *Indian Act*.

The respondent argues that the *situs* of the receipt of unemployment insurance benefits should be determined in the same way the conflict of laws determines the *situs* of a debt. The debtor is the federal Crown, or the Canada Employment and Immigration Commission, neither of which reside on a reserve, therefore the receipt of benefits is not situated on the reserve.

The appellant argues that while *National Indian Brotherhood* and *Nowegijick* focus on the residence of the debtor, both cases leave room for additional factors to be considered. For instance, *National Indian Brotherhood* refers also to "anything in the contract or elsewhere to indicate the contrary" and *Nowegijick* refers to where the wages are to be paid. It is therefore open to the courts to consider these factors and others in fixing the *situs* of a debt for the purposes of this exemption.

However, the respondent argues that the other factors referred to in *National Indian Brotherhood* and *Nowegijick* are merely factors used in conflicts law where the debtor has more than one residence and it is necessary to choose between them (see Castel, *supra*, at pp. 401-2, and Cheshire and North, *supra*, at pp. 804-5). The residence of the debtor test would then remain the primary focus of the test.

In resolving this question, it is readily apparent that to simply adopt general conflicts principles in

c'était là que le créancier pouvait véritablement faire exécuter le paiement de la dette.

Dicey et Morris adoptent la même explication dans *The Conflict of Laws* (11^e éd. 1987), vol. 2, à la p. 908, ainsi que Castel dans *Canadian Conflict of Laws* (2^e éd. 1986), à la p. 401. Cela peut être raisonnable pour les fins générales du droit international privé. Cependant, il faut s'interroger sur son utilité aux fins qui sous-tendent l'exemption fiscale prévue dans la *Loi sur les Indiens*.

L'intimée prétend que le *situs* de la réception des prestations d'assurance-chômage devrait être déterminé de la même manière que le droit international privé détermine le *situs* d'une dette. Le débiteur est la Couronne fédérale ou la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et ni l'une ni l'autre ne réside sur une réserve; en conséquence, la réception des prestations n'est pas située sur la réserve.

Selon l'appelant, bien qu'elles mettent l'accent sur la résidence du débiteur, les affaires *National Indian Brotherhood* et *Nowegijick* laissent ouverte la possibilité de tenir compte d'autres facteurs. Par exemple, la décision *National Indian Brotherhood* mentionne également «toute disposition contraire dans le contrat ou dans tout autre document» et l'arrêt *Nowegijick* parle du lieu où doit être versé le salaire. Il est donc loisible aux tribunaux d'examiner ces facteurs et d'autres éléments lorsqu'il s'agit de déterminer le *situs* d'une dette aux fins de cette exemption.

Cependant, l'intimée prétend que les autres facteurs visés dans les affaires *National Indian Brotherhood* et *Nowegijick* sont simplement des facteurs utilisés en droit international privé, lorsque le débiteur a plus d'une résidence et qu'il s'avère nécessaire d'en choisir une parmi celles-ci (voir Castel, *op. cit.*, aux pp. 401 et 402, et Cheshire et North, *op. cit.*, aux pp. 804 et 805). C'est le critère de la résidence du débiteur qui demeurerait alors l'élément principal.

En répondant à cette question, il est évident qu'il serait complètement contraire à l'économie et

the present context would be entirely out of keeping with the scheme and purposes of the *Indian Act* and *Income Tax Act*. The purposes of the conflict of laws have little or nothing in common with the purposes underlying the *Indian Act*. It is simply not apparent how the place where a debt may normally be enforced has any relevance to the question whether to tax the receipt of the payment of that debt would amount to the erosion of the entitlements of an Indian *qua* Indian on a reserve. The test for *situs* under the *Indian Act* must be constructed according to its purposes, not the purposes of the conflict of laws. Therefore, the position that the residence of the debtor exclusively determines the *situs* of benefits such as those paid in this case must be closely reexamined in light of the purposes of the *Indian Act*. It may be that the residence of the debtor remains an important factor, or even the exclusive one. However, this conclusion cannot be directly drawn from an analysis of how the conflict of laws deals with such an issue.

IV—The Proper Test

Because the transaction by which a taxpayer receives unemployment insurance benefits is not a physical object, the method by which one might fix its *situs* is not immediately apparent. In one sense, the difficulty is that the transaction has no *situs*. However, in another sense, the problem is that it has too many. There is the *situs* of the debtor, the *situs* of the creditor, the *situs* where the payment is made, the *situs* of the employment which created the qualification for the receipt of income, the *situs* where the payment will be used, and no doubt others. The task is then to identify which of these locations is the relevant one, or which combination of these factors controls the location of the transaction.

The appellant suggests that in deciding the *situs* of the receipt of income, a court ought to balance all of the relevant “connecting factors” on a case by case basis. Such an approach would have the advantage of flexibility, but it would have to be applied carefully in order to avoid several potential

aux objets de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'adopter simplement les principes généraux du droit international privé dans le présent contexte. En effet, les objets du droit international privé ont peu sinon rien en commun avec ceux qui sous-tendent la *Loi sur les Indiens*. On ne voit pas en quoi le lieu d'exécution normal d'une dette est pertinent pour décider si l'imposition de la réception du paiement de la dette représenterait une atteinte aux droits détenus par un Indien à titre d'Indien sur une réserve. Le critère du *situs* en vertu de la *Loi sur les Indiens* doit être interprété conformément aux objets de cette loi et non à ceux du droit international privé. En conséquence, il faut réexaminer attentivement, en fonction des objets de la *Loi sur les Indiens*, si l'on doit retenir la résidence du débiteur comme facteur exclusif pour déterminer le *situs* de prestations comme celles qui ont été versées en l'espèce. Il se peut que la résidence du débiteur demeure un facteur important, voire même le seul. Toutefois, on ne peut arriver directement à cette conclusion à partir d'une analyse de la façon dont le droit international privé tranche cette question.

IV—Le critère approprié

Puisque l'opération en vertu de laquelle un contribuable reçoit des prestations d'assurance-chômage ne constitue pas un bien matériel, la méthode par laquelle on pourrait en déterminer le *situs* ne saute pas aux yeux. Dans un sens, le problème est que l'opération n'a pas de *situs*. Toutefois, dans un autre sens, le problème est qu'elle en compte trop. Il y a le *situs* du débiteur, le *situs* du créancier, le *situs* du versement du paiement, le *situs* de l'emploi donnant droit au revenu en question et le *situs* de l'utilisation du paiement, et d'autres sans doute. Il faut ensuite déterminer quel est le lieu pertinent ou encore quelle est la combinaison de ces facteurs qui détermine le lieu de l'opération.

Selon l'appellant, un tribunal se doit, dans chaque cas, de sopeser tous les «facteurs de rattachement» pertinents pour décider quel est le *situs* de la réception d'un revenu. Cette méthode aurait l'avantage d'être souple, mais elle devrait être utilisée avec soin afin d'éviter plusieurs possibilités

pitfalls. It is desirable, when construing exemptions from taxation, to develop criteria which are predictable in their application, so that the taxpayers involved may plan their affairs appropriately. This is also important as the same criteria govern an exemption from seizure.

Furthermore, it would be dangerous to balance connecting factors in an abstract manner, divorced from the purpose of the exemption under the *Indian Act*. A connecting factor is only relevant in so much as it identifies the location of the property in question for the purposes of the *Indian Act*. In particular categories of cases, therefore, one connecting factor may have much more weight than another. It would be easy in balancing connecting factors on a case by case basis to lose sight of this.

However, an overly rigid test which identified one or two factors as having controlling force has its own potential pitfalls. Such a test would be open to manipulation and abuse, and in focusing on too few factors could miss the purposes of the exemption in the *Indian Act* as easily as a test which indiscriminately focuses on too many.

The approach which best reflects these concerns is one which analyzes the matter in terms of categories of property and types of taxation. For instance, connecting factors may have different relevance with regard to unemployment insurance benefits than in respect of employment income, or pension benefits. The first step is to identify the various connecting factors which are potentially relevant. These factors should then be analyzed to determine what weight they should be given in identifying the location of the property, in light of three considerations: (1) the purpose of the exemption under the *Indian Act*; (2) the type of property in question; and (3) the nature of the taxation of that property. The question with regard to each connecting factor is therefore what weight should be given that factor in answering the question whether to tax that form of property in that manner

d'embûche. Dans l'interprétation des exemptions fiscales, il est souhaitable de concevoir des critères dont l'application est prévisible de sorte que les contribuables concernés puissent planifier leurs affaires en conséquence. Cela est également important puisque les mêmes critères régissent l'exemption de saisie.

De plus, il serait dangereux de soupeser les facteurs de rattachement de manière abstraite, indépendamment de l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*. Un facteur de rattachement n'est pertinent que dans la mesure où il identifie l'emplacement du bien en question aux fins de la *Loi sur les Indiens*. Dans des catégories particulières de cas, un facteur de rattachement peut donc avoir beaucoup plus de poids qu'un autre. On pourrait facilement perdre cette réalité de vue en soupesant les facteurs de rattachement cas par cas.

Cependant, un critère trop rigide qui accorderait une force déterminante à un ou deux facteurs comporte ses propres possibilités d'embûche. Un tel critère donnerait ouverture à des manipulations et à des abus et, en étant axé sur trop peu de facteurs, il pourrait ne pas donner effet aux objectifs de l'exemption contenue dans la *Loi sur les Indiens* aussi facilement qu'un critère qui est axé indifféremment sur un trop grand nombre de facteurs.

La méthode qui tient le mieux compte de ces préoccupations est celle qui analyse la situation sous le rapport des catégories de biens et des types d'imposition. Par exemple, la pertinence des facteurs de rattachement peut varier selon qu'il s'agit de prestations d'assurance-chômage, de revenu d'emploi ou de prestations de pension. Il faut d'abord identifier les divers facteurs de rattachement qui peuvent être pertinents. On doit ensuite analyser ces facteurs pour déterminer le poids à leur accorder afin d'identifier l'emplacement du bien, en tenant compte de trois choses: (1) l'objet de l'exemption prévue dans la *Loi sur les Indiens*, (2) le genre de bien en cause et (3) la nature de l'imposition de ce bien. Il s'agit donc de déterminer, relativement à chaque facteur de rattachement, le poids qui devrait lui être accordé pour décider si l'imposition en cause de ce type de bien représen-

would amount to the erosion of the entitlement of the Indian *qua* Indian on a reserve.

This approach preserves the flexibility of the case by case approach, but within a framework which properly identifies the weight which is to be placed on various connecting factors. Of course, the weight to be given various connecting factors cannot be determined precisely. However, this approach has the advantage that it preserves the ability to deal appropriately with future cases which present considerations not previously apparent.

A—The Test for the Situs of the Unemployment Insurance Benefits

Unemployment insurance benefits are income replacement insurance, paid when a person is out of work under certain qualifying conditions. While one often refers to unemployment insurance “benefits”, the scheme is based on employer and employee premiums. These premiums are themselves tax-deductible for both the employer and employee.

There are a number of potentially relevant connecting factors in determining the location of the receipt of unemployment insurance benefits. The following have been suggested: the residence of the debtor, the residence of the person receiving the benefits, the place the benefits are paid, and the location of the employment income which gave rise to the qualification for the benefits. One’s attention is naturally first drawn to the traditional test, that of the residence of the debtor. The debtor in this case is the federal Crown, through the Canada Employment and Immigration Commission. The Commission argues that the residence of the debtor in this case is Ottawa, referring to s. 11 of the *Employment and Immigration Department and Commission Act*, S.C. 1976-77, c. 54 (now R.S.C., 1985, c. E-5, s. 17), which mandates that the head office of the Commission be located in the National Capital Region.

There are, however, conceptual difficulties in establishing the *situs* of a Crown agency in any

terait une atteinte aux droits de l’Indien à titre d’Indien sur une réserve.

Cette méthode conserve la souplesse de la méthode cas par cas, mais à l’intérieur d’un cadre qui identifie correctement le poids à accorder à divers facteurs de rattachement. Il est évident que ce poids ne peut être déterminé avec précision. Cette méthode a cependant l’avantage de préserver la capacité de traiter de façon appropriée les cas qui, à l’avenir, présenteront des considérations jusque-là non évidentes.

A—Le critère du situs des prestations d’assurance-chômage

Les prestations d’assurance-chômage constituent une assurance de remplacement de revenu, dont le montant est versé à une personne en chômage, à certaines conditions. Bien qu’on les qualifie souvent de «prestations» d’assurance-chômage, le régime est fondé sur les cotisations des employeurs et des employés. Ces cotisations sont elles-mêmes déductibles tant pour l’employeur que pour l’employé.

Il existe plusieurs facteurs de rattachement susceptibles d’être pertinents pour déterminer le lieu de la réception de prestations d’assurance-chômage. On a proposé les suivants: la résidence du débiteur, la résidence de la personne qui reçoit les prestations, l’endroit où celles-ci sont versées et l’emplacement du revenu d’emploi ayant donné droit aux prestations. On est naturellement porté à appliquer le critère traditionnel, savoir la résidence du débiteur. En l’espèce, le débiteur est la Couronne fédérale, par l’intermédiaire de la Commission de l’emploi et de l’immigration du Canada. En se fondant sur l’art. 11 de la *Loi sur le ministère et sur la Commission de l’emploi et de l’immigration*, S.C. 1976-77, ch. 54 (maintenant L.R.C. (1985), ch. E-5, art. 17), qui prévoit que le siège de la Commission est situé dans la région de la Capitale nationale, la Commission prétend que la résidence du débiteur, en l’espèce, est Ottawa.

Cependant, l’établissement du *situs* d’un organisme de la Couronne à un endroit particulier du

particular place within Canada. For most purposes, it is unnecessary to establish the *situs* of the Crown. The conflict of laws is interested in *situs* to determine jurisdictional and choice of law questions. With regard to the Crown, no such questions arise, since the Crown is present throughout Canada and may be sued anywhere in Canada. Unemployment insurance benefits are also available anywhere in Canada, to any Canadian who qualifies for them. Therefore, the purposes behind fixing the *situs* of an ordinary person do not apply to the Crown, and in particular do not apply to the Canada Employment and Immigration Commission in respect of the receipt of unemployment insurance benefits.

This does not necessarily mean that the physical location of the Crown is irrelevant to the purposes underlying the exemption from taxation provided by the *Indian Act*. However, it does suggest that the significance of the Crown being the source of the payments at issue in this case may lie more in the special nature of the public policy behind the payments, rather than the Crown's *situs*, assuming it can be fixed. Therefore, the residence of the debtor is a connecting factor of limited weight in the context of unemployment insurance benefits. For similar reasons, the place where the benefits are paid is of limited importance in this context.

This leaves two factors to be considered: the residence of the recipient of the benefits, and the location of the employment income which was the basis of the qualification for the benefits. In order to assess the importance of the second factor, the location of the qualifying employment, a further analysis of the nature of unemployment benefits and their taxation is required.

In *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 41, this Court quoted from the judgment of Lacombe J. in that case to the effect that the purpose of the *Unemployment Insurance Act, 1971*

Canada présente des difficultés de nature conceptuelle. Dans la plupart des cas, il n'est pas nécessaire d'établir le *situs* de la Couronne. En droit international privé, le *situs* est utile pour régler les questions de compétence et celles du choix du droit applicable. En ce qui concerne la Couronne, ces questions ne se posent pas car elle est omniprésente au Canada et peut être poursuivie partout au pays. Les prestations d'assurance-chômage sont aussi disponibles partout au Canada, à tout Canadien qui y est admissible. En conséquence, les objets qui sous-tendent la détermination du *situs* d'un citoyen ordinaire ne s'appliquent pas à la Couronne et, notamment, à la Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada en ce qui concerne la réception des prestations d'assurance-chômage.

Cela ne signifie pas nécessairement que l'emplacement matériel de la Couronne est sans importance pour ce qui est des objets sous-jacents de l'exemption fiscale prévue par la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, cela laisse supposer que l'importance de la Couronne comme source des paiements visés en l'espèce réside peut-être davantage dans la nature spéciale de la politique d'ordre public à la base des paiements, plutôt que dans le *situs* de la Couronne, en supposant qu'il soit possible de le déterminer. Par conséquent, la résidence du débiteur est un facteur de rattachement dont l'importance est limitée dans le contexte des prestations d'assurance-chômage. Pour des raisons semblables, l'endroit où les prestations sont versées est d'une importance limitée dans ce contexte.

Cela nous laisse deux facteurs à examiner: la résidence de la personne qui reçoit les prestations et l'emplacement du revenu d'emploi ayant donné droit à celles-ci. Pour évaluer l'importance du second facteur, soit le lieu de l'emploi donnant droit aux prestations, il est nécessaire d'analyser plus en profondeur la nature des prestations d'assurance-chômage et de leur imposition.

Dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 41, notre Cour cite les propos du juge Lacombe; dans cette affaire, suivant lesquels la *Loi de 1971 sur l'assurance-chô-*

was "to create a social insurance plan to compensate unemployed workers for loss of income from their employment and to provide them with economic and social security for a time, thus assisting them in returning to the labour market." It is apparent from this that the purpose behind unemployment benefits looks to the past, present and future. Benefits are contingent on qualifying employment in the past. They are meant to provide income and security for the present, in lieu of the employment income which has been lost. However, the benefits also look to the future, enabling the recipient to find a new job without hardship and with a sense of security.

There is, therefore, a connection between the receipt of benefits and the place where the employment which gave rise to those benefits was located. However, it cannot be said that unemployment insurance benefits look exclusively to the past. They are not a form of delayed remuneration.

The general scheme of taxation with regard to unemployment insurance premiums and benefits bears further examination in this regard. As noted above, unemployment insurance is premium based. The intent of the scheme is that the premiums received will, overall, largely equal the benefits paid out. This is not to say that the scheme is completely self-financing. However, it is more accurate to characterize an unemployment insurance benefit as something paid for through the premiums of employed persons than to characterize it as a benefit granted by the government out of its general revenues.

This becomes important in analyzing the tax implications of the unemployment insurance benefit scheme. The treatment of premiums and benefits for the purposes of taxation is that the premiums paid by employed persons are deductible from their taxable income, whereas the benefits paid to unemployed persons must be included in their taxable income. By allowing premiums to be

mage a pour objet «d'établir un régime d'assurance sociale aux fins d'indemniser les chômeurs pour la perte de revenus provenant de leur emploi et d'assurer leur sécurité économique et sociale pendant un certain temps et les aider ainsi à retourner sur le marché du travail». Il ressort de ce passage que l'objet des prestations d'assurance-chômage est orienté vers le passé, le présent et l'avenir. L'admissibilité aux prestations dépend de l'exercice, dans le passé, d'un emploi donnant droit aux prestations. Ces prestations visent à fournir un revenu et une sécurité pour le présent, en remplacement du revenu d'emploi perdu. Cependant, les prestations sont également orientées vers l'avenir en ce qu'elles permettent au bénéficiaire de trouver un nouvel emploi, sans souffrir de privations et tout en éprouvant un sentiment de sécurité.

En conséquence, il existe un lien entre la réception des prestations et le lieu de l'emploi à l'origine du versement de ces prestations. Toutefois, on ne saurait soutenir que les prestations d'assurance-chômage sont exclusivement orientées vers le passé. Elles ne constituent pas une forme de rémunération différée.

Le régime fiscal global applicable aux cotisations et aux prestations d'assurance-chômage mérite d'être examiné plus en profondeur à cet égard. Comme je l'ai mentionné, le régime d'assurance-chômage est fondé sur les cotisations. Ce régime veut que les cotisations reçues correspondent généralement, dans l'ensemble, aux prestations versées. Cela n'implique pas que le régime s'autofinance entièrement. Cependant, il est plus juste de qualifier une prestation d'assurance-chômage de paiement fait grâce aux cotisations d'employés plutôt que de prestation versée à même les recettes générales du gouvernement.

Cela devient important dans l'analyse des incidences fiscales du régime d'assurance-chômage. La façon de traiter les cotisations et les prestations sur le plan fiscal est la suivante: les employés qui paient des cotisations peuvent en déduire le montant de leur revenu imposable, tandis que les chômeurs qui reçoivent des prestations doivent les inclure dans le calcul de leur revenu imposable. En

deducted from taxable income, and mandating that benefits be included in taxable income, the effect of the unemployment insurance scheme on general tax revenue is minimized. The tax revenues lost by the government due to the deductibility of premiums are offset by the revenues gained by the taxation of the benefits. This is not to say that the unemployment insurance scheme has no effect on taxation revenues, since premiums may not precisely equal benefits overall, and the effect of different rates of taxation cannot be ignored. However, it is clear that the scheme established by Parliament was intended, in principle, to minimize the tax implications of unemployment insurance.

Since unemployment insurance benefits are based on premiums arising out of previous employment, not general tax revenue, the connection between the previous employment and the benefits is a strong one. The manner in which unemployment insurance benefits are treated for the purposes of taxation further strengthens this connection, as there is a symmetry of treatment in the taxation of premiums and benefits, since premiums are tax-deductible and benefits are taxed, thereby minimizing the influence of the unemployment insurance scheme on general tax revenues.

The location of the qualifying employment income is therefore an important factor in establishing whether the taxation of subsequent benefits would erode the entitlements of an Indian *qua* Indian on the reserve. For in the case of an Indian whose qualifying employment income was on the reserve, the symmetry in the tax implications of premiums and benefits breaks down. For such an Indian, the original employment income was tax-exempt. The taxation paid on the subsequent benefits therefore does more than merely offset the tax saved by virtue of the premiums. Instead, it is an erosion of the entitlements created by the Indian's employment on the reserve.

permettant de déduire les cotisations du revenu imposable et en prescrivant l'inclusion des prestations dans le calcul du revenu imposable, on réduit l'effet du régime d'assurance-chômage sur les recettes fiscales générales. La perte de recettes fiscales subie par le gouvernement par suite de la déductibilité des cotisations est compensée par les revenus tirés de l'imposition des prestations. Cela ne signifie pas que le régime d'assurance-chômage n'a aucun effet sur les recettes fiscales, étant donné qu'il se peut que, dans l'ensemble, les cotisations ne correspondent pas exactement aux prestations versées et qu'on ne saurait ignorer l'effet de différents taux d'imposition. Toutefois, il est évident que le régime établi par le Parlement visait en principe à réduire au minimum les incidences fiscales de l'assurance-chômage.

Vu que les prestations d'assurance-chômage sont fonction des cotisations découlant de l'emploi antérieur et non des recettes fiscales générales, il y a un lien étroit entre l'emploi antérieur et les prestations. La façon dont les prestations d'assurance-chômage sont traitées sur le plan fiscal renforce davantage ce lien puisqu'il y a concordance de traitement en matière d'imposition des cotisations et des prestations en ce que les cotisations sont déductibles mais les prestations imposables, ce qui a pour effet de réduire l'influence du régime d'assurance-chômage sur les recettes fiscales générales.

L'emplacement du revenu d'emploi donnant droit aux prestations est donc un facteur important pour déterminer si l'imposition des prestations subséquentes porterait atteinte aux droits détenus par un Indien à titre d'Indien sur la réserve. En effet, dans le cas d'un Indien dont le revenu d'emploi qui donne droit à des prestations était situé sur la réserve, la concordance entre les incidences fiscales des cotisations et des prestations disparaît car, pour cet Indien, le revenu d'emploi initial était exonéré d'impôt. L'impôt payé sur les prestations subséquentes fait donc plus que compenser les économies d'impôt réalisées grâce au versement de cotisations. Il s'agit plutôt d'une atteinte aux droits engendrés par le fait que l'Indien travaillait sur la réserve.

Furthermore, since the duration and extent of the benefits are tied to the terms of employment during a specified period, it is the location of the qualifying employment income during that period that is relevant.

Having regard to the importance of the location of the qualifying employment income as a factor in identifying the location of the unemployment insurance benefits, the remaining factor of the residence of the recipient of the benefits at the time of their receipt is only potentially significant if it points to a location different from that of the qualifying employment.

B—The Situs of the Appellant's Unemployment Insurance Benefits

In the present case, the residence of the appellant when he received the benefits was on the reserve.

It has been assumed by the parties that the previous employment of the appellant which gave rise to the qualification for unemployment insurance benefits was also located on the reserve, since the two employers in question were located on the reserve. This question must be reexamined in light of our determination that this conclusion cannot safely be drawn from the principles of the conflict of laws.

However, this would not be an appropriate case in which to develop a test for the *situs* of the receipt of employment income. All the potential connecting factors with respect to the qualifying employment of the appellant point to the reserve. The employer was located on the reserve, the work was performed on the reserve, the appellant resided on the reserve, and he was paid on the reserve. A test for the *situs* of employment income could therefore only be developed in an abstract vacuum in this case, since there is no real controversy of relevant factors pulling in opposite directions. The same would be true of any consideration of the weight, if any, to be given to the residence

De plus, puisque la durée et le montant des prestations sont liés aux conditions d'emploi pendant une période précise, c'est l'emplacement du revenu d'emploi donnant droit aux prestations durant cette période qui est pertinent.

Compte tenu de l'importance de l'emplacement du revenu d'emploi donnant droit aux prestations en tant que facteur dont il faut tenir compte pour identifier l'emplacement des prestations d'assurance-chômage, le facteur restant, c'est-à-dire la résidence de la personne qui reçoit les prestations au moment de leur réception, ne peut avoir d'importance que s'il indique un emplacement différent de celui de l'emploi qui a rendu admissible aux prestations.

B—Le situs des prestations d'assurance-chômage de l'appelant

En l'espèce, l'appelant résidait sur la réserve quand il a reçu les prestations.

Les parties ont présumé que l'emploi antérieur de l'appelant qui l'a rendu admissible aux prestations d'assurance-chômage était également situé sur la réserve puisque les deux employeurs en question étaient situés sur la réserve. Il faut réexaminer cette question à la lumière de notre décision que les principes de droit international privé ne permettent pas de tirer cette conclusion en toute confiance.

Cependant, il ne s'agit pas d'un cas qui justifie de définir un critère pour déterminer le *situs* de la réception d'un revenu d'emploi. Tous les facteurs possibles de rattachement indiquent la réserve comme lieu de l'emploi de l'appelant qui l'a rendu admissible aux prestations. L'employeur était situé sur la réserve, le travail a été accompli sur la réserve, l'appelant habitait la réserve et c'est sur la réserve qu'il a été payé. Un critère permettant de déterminer le *situs* d'un revenu d'emploi ne saurait donc être conçu que dans l'abstrait en l'espèce, puisque les facteurs pertinents ne s'opposent pas vraiment. Il en serait également ainsi de tout examen de l'importance, s'il en est, à accorder à la

of the appellant upon receipt of the benefits as this was also on the reserve.

Furthermore, as can be seen from our discussion of the test for the *situs* of unemployment insurance benefits, the creation of a test for the location of intangible property under the *Indian Act* is a complex endeavour. In the context of unemployment insurance we were able to focus on certain features of the scheme and its taxation implications in order to establish one factor as having particular importance. It is not clear whether this would be possible in the context of employment income, or what features of employment income and its taxation should be examined to that end.

Therefore, for the purposes of the present appeal, we merely note that the employment of the appellant by which he qualified for unemployment insurance benefits was clearly located on the reserve, no matter what the proper test for the *situs* of employment income is determined to be. Because the qualifying employment was located on the reserve, so too were the benefits subsequently received. The question of the relevance of the residence of the recipient of the benefits at the time of receipt does not arise in this case since it was also on the reserve.

C—*The Situs of the Enhanced Unemployment Insurance Benefits*

According to s. 38(3) of the *Unemployment Insurance Act, 1971* enhanced benefits are to be considered unemployment insurance benefits for the purpose of the *Income Tax Act*:

38. ...

(3) For the purposes of this Part, a week during which the claimant is employed on a job creation project and is paid benefit under subsection (2) shall be deemed to be a week of unemployment and for the purposes of this Part, Part IV, the *Income Tax Act* and the *Canada Pension Plan*, any benefit paid to a claimant under subsec-

résidence de l'appelant au moment de la réception des prestations, car elle était également sur la réserve.

En outre, comme il ressort de notre analyse du critère applicable pour déterminer le *situs* des prestations d'assurance-chômage, la formulation d'un critère permettant de déterminer l'emplacement d'un bien incorporel en vertu de la *Loi sur les Indiens* est une entreprise complexe. Dans le contexte de l'assurance-chômage, nous avons été en mesure de mettre l'accent sur certaines caractéristiques du régime et sur ses incidences fiscales pour identifier un facteur ayant une importance particulière. Il n'est pas évident que cela soit possible dans le contexte d'un revenu d'emploi, ni qu'on soit en mesure de dire quelles caractéristiques du revenu d'emploi et de son imposition devraient être examinées à cette fin.

En conséquence, pour les fins de ce pourvoi, nous notons simplement que l'emploi de l'appelant, qui l'a rendu admissible aux prestations d'assurance-chômage, était clairement situé sur la réserve, quel que soit le critère retenu pour déterminer le *situs* du revenu d'emploi. Parce que l'emploi donnant droit aux prestations était situé sur la réserve, les prestations reçues l'étaient aussi. La question de la pertinence de la résidence de la personne qui reçoit les prestations au moment de leur réception ne se pose pas en l'espèce puisqu'elle était également sur la réserve.

C—*Le situs des prestations majorées d'assurance-chômage*

Aux termes du par. 38(3) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, les prestations majorées doivent être considérées comme des prestations d'assurance-chômage aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*:

38. ...

(3) Aux fins de la présente Partie, toute semaine au cours de laquelle un prestataire occupe un poste dans un projet créateur d'emplois et reçoit des prestations en vertu du paragraphe (2), est considérée comme une semaine de chômage et, aux fins de la présente Partie, de la Partie IV, de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du

tion (2) shall be deemed not to be remuneration from employment.

This is also the manner in which enhanced benefits should be characterized for the purpose of the exemption from taxation in the *Indian Act*, since this only reflects the reality of the situation. The appellant only qualified for participation in the job creation program because he had been receiving regular unemployment insurance benefits, that is, because of his prior employment that had ceased. The benefits which he continued to receive would not have ceased had he quit his employment with the program. The program itself was located on the reserve. Therefore, the conclusion that the unemployment insurance benefits received by the appellant were situated on the reserve applies to both the regular and enhanced benefits.

For purposes other than the application of the *Income Tax Act*, enhanced unemployment insurance benefits may be characterized in a different manner (see *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532). Also, the portion of the unemployed person's income which is paid to them directly by the employer in the job creation program is not itself an unemployment insurance benefit, and should be characterized simply as employment income.

The Federal Court dealt with the further question whether the agreement giving rise to the enhanced unemployment insurance benefits was the type of agreement referred to in s. 90 of the *Indian Act*. In light of our conclusion that the enhanced unemployment benefits were located on the reserve in any event, it is not necessary to discuss this issue.

V—Conclusion

Determining the *situs* of intangible personal property requires a court to evaluate various connecting factors which tie the property to one location or another. In the context of the exemption

Régime de pensions du Canada les prestations reçues par un prestataire ne sont pas considérées comme rémunération provenant d'un emploi.

C'est également la façon dont les prestations majorées devraient être qualifiées aux fins de l'exemption fiscale prévue dans la *Loi sur les Indiens*, puisque ceci ne fait que refléter la réalité de la situation. L'appelant était admissible à participer au programme créateur d'emplois seulement parce qu'il avait reçu des prestations régulières d'assurance-chômage, c'est-à-dire à cause de son emploi antérieur qui était terminé. Les prestations qu'il a continué de recevoir n'auraient pas cessé s'il avait quitté son emploi dans le cadre du programme. Le programme lui-même était situé sur la réserve. En conséquence, la conclusion que les prestations d'assurance-chômage reçues par l'appelant étaient situées sur la réserve s'applique à la fois aux prestations régulières et aux prestations majorées.

À des fins autres que l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les prestations majorées d'assurance-chômage peuvent être qualifiées d'une façon différente (voir l'arrêt *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532). De même, la portion du revenu du chômeur qui lui est versée directement par l'employeur dans le cadre du programme créateur d'emplois ne constitue pas en soi une prestation d'assurance-chômage et devrait être simplement qualifiée de revenu d'emploi.

La Cour fédérale s'est également demandée si l'accord à l'origine du versement des prestations majorées d'assurance-chômage constituait le genre d'accord visé à l'art. 90 de la *Loi sur les Indiens*. Vu notre conclusion que les prestations majorées d'assurance-chômage étaient, en tout état de cause, situées sur la réserve, nous n'avons pas à analyser cette question.

V—Conclusion

Pour déterminer le *situs* d'un bien personnel incorporel, un tribunal doit évaluer divers facteurs de rattachement qui relient le bien à un endroit ou à l'autre. Dans le contexte de l'exemption fiscale

from taxation in the *Indian Act*, there are three important considerations: the purpose of the exemption; the character of the property in question; and the incidence of taxation upon that property. Given the purpose of the exemption, the ultimate question is to what extent each factor is relevant in determining whether to tax the particular kind of property in a particular manner would erode the entitlement of an Indian *qua* Indian to personal property on the reserve.

With regard to the unemployment insurance benefits received by the appellant, a particularly important factor is the location of the employment which gave rise to the qualification for the benefits. In this case, the location of the qualifying employment was on the reserve, therefore the benefits received by the appellant were also located on the reserve. The question of the relevance of the residence of the recipient of the benefits at the time of receipt does not arise in this case.

The appeal is therefore allowed and the cross-appeal dismissed, with costs throughout. The matter is referred back to the Minister of National Revenue to be reassessed on the basis that all of the unemployment benefits in question are exempt from taxation.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Snarch & Allen, Vancouver.

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

prévue dans la *Loi sur les Indiens*, il y a trois facteurs importants: l'objet de l'exemption, la nature du bien en question et l'incidence fiscale sur ce bien. Compte tenu de l'objet de l'exemption, il s'agit, en fin de compte, de déterminer dans quelle mesure chaque facteur est pertinent pour décider si le fait d'imposer d'une certaine manière ce type de bien particulier porterait atteinte au droit d'un Indien à titre d'Indien de détenir des biens personnels sur la réserve.

En ce qui concerne les prestations d'assurance-chômage reçues par l'appelant, un facteur particulièrement important est le lieu de l'emploi qui l'a rendu admissible aux prestations. En l'espèce, la réserve était le lieu de l'emploi donnant droit aux prestations et, en conséquence, les prestations reçues par l'appelant étaient aussi situées sur la réserve. La question de la pertinence de la résidence de la personne qui reçoit les prestations au moment de leur réception ne se pose pas en l'espèce.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident rejeté, avec dépens dans toutes les cours. L'affaire est renvoyée au ministre du Revenu national aux fins d'une nouvelle cotisation tenant compte du fait que toutes les prestations d'assurance-chômage en cause sont exemptes d'impôt.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Procureurs de l'appelant: Snarch & Allen, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

United Nurses of Alberta *Appellant*

v.

**The Attorney General for
Alberta** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General of Quebec and the
Attorney General of British
Columbia** *Intervenors*

INDEXED AS: UNITED NURSES OF ALBERTA v. ALBERTA
(ATTORNEY GENERAL)

File No.: 21870.

1991: December 3; 1992: April 16.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier,
Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

*Criminal law — Criminal contempt of court — Direc-
tives of provincial tribunal filed in superior court as
orders of that court — Union breached these orders and
held in criminal contempt — Whether union had the sta-
tus to be found in criminal contempt — Whether the
offence of criminal contempt violated Charter —
Whether a directive of a provincial board filed in supe-
rior court gave rise to criminal contempt — Labour
Relations Act, R.S.A. 1980, c. L-1.1, s. 142(7) — Cana-
dian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 11(a),
(g) — Constitution Act, 1867, s. 96 — Criminal Code,
R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Criminal
law — Criminal contempt of court — Directives of pro-
vincial tribunal filed in superior court as orders of that
court — Union breached these orders and held in crimi-
nal contempt — Whether union had the status to be
found in criminal contempt — Whether the offence of
criminal contempt violated Charter — Whether a direc-*

United Nurses of Alberta *Appelant*

c.

^a **Le procureur général de l'Alberta** *Intimé*

et

^b

**Le procureur général du Canada, le
procureur général du Québec et le
procureur général de la Colombie-
Britannique** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: UNITED NURSES OF ALBERTA c. ALBERTA
(PROCURÉUR GÉNÉRAL)

^d N° du greffe: 21870.

1991: 3 décembre; 1992: 16 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest,
Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^e

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

*Droit criminel — Outrage criminel au tribunal —
Directives d'un tribunal provincial déposées en cour
supérieure en tant qu'ordonnances de cette cour — Le
syndicat ayant violé ces ordonnances, il a été reconnu
coupable d'outrage criminel — Le syndicat avait-il la
capacité juridique d'être reconnu coupable d'outrage
criminel? — L'infraction que constitue l'outrage crimi-
nel viole-t-elle la Charte? — Une directive émise par
une commission provinciale et déposée en cour supé-
rieure peut-elle donner lieu à un outrage criminel? —
Labour Relations Act, R.S.A. 1980, ch. L-1.1, art. 142(7)
— Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7,
11a), g) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 —
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46,
art. 686(1)(b)(iii).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit
criminel — Outrage criminel au tribunal — Directives
d'un tribunal provincial déposées en cour supérieure en
tant qu'ordonnances de cette cour — Le syndicat ayant
violé ces ordonnances, il a été reconnu coupable d'ou-
trage criminel — Le syndicat avait-il la capacité juri-
dique d'être reconnu coupable d'outrage criminel?
— L'infraction que constitue l'outrage criminel viole-t-
elle la Charte? — Une directive émise par une commis-*

tive of a provincial board filed in superior court gave rise to criminal contempt.

Constitutional law — Charter of Rights — Protections availing accused on criminal law trial — Cross-examination — Right to cross-examine on certain affidavits refused because accused unable to establish relevancy of cross-examination in advance — Whether the proceedings violated the Charter because the union was not permitted to cross-examine on the affidavits.

The United Nurses of Alberta went on strike in January, 1988, contrary to directives forbidding the strike made under the Alberta *Labour Relations Act* and filed with the Court of Queen's Bench. The union was found to be in criminal contempt of the orders and fined \$250,000 and \$150,000 on successive motions. At trial, the trial judge refused the right to cross-examine on certain affidavits, on the ground that the accused could not establish in advance that the cross-examination would be relevant. The Alberta Court of Appeal dismissed its appeal and the union appealed to this Court. The issues were: (1) whether the union had the status to be found in criminal contempt; (2) whether the offence of criminal contempt violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; (3) whether a directive of a provincial board filed in the court could give rise to criminal contempt; and (4) whether the proceedings violated the *Charter* because the union was not permitted to cross-examine on the affidavits filed by the Crown.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per La Forest, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: The union may be held liable for a criminal offence (including criminal contempt) at common law. Further, unions are societies for the purposes of the *Criminal Code*. The provincial legislation defining societies clearly implies that there may be societies that are not incorporated under the *Societies Act*. Since a union, as a society, may be prosecuted under the *Code*, it should also be subject to prosecution for a criminal offence at common law. Unions therefore have the status to be found in criminal contempt.

Denial of liberty resulting from criminal contempt is effected in accordance with the principles of fundamen-

sion provinciale et déposée en cour supérieure peut-elle donner lieu à un outrage criminel?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Garanties dont peut se prévaloir un accusé lors d'un procès au criminel — Contre-interrogatoire — Refus du droit de contre-interroger sur certains affidavits pour le motif que l'accusé ne pouvait préalablement établir la pertinence du contre-interrogatoire — Le syndicat n'ayant pas été autorisé à contre-interroger sur les affidavits, la procédure a-t-elle violé la Charte?

En janvier 1988, United Nurses of Alberta a déclenché une grève contrairement à des directives interdisant la grève données sous le régime de la *Labour Relations Act* de l'Alberta et déposées à la Cour du Banc de la Reine. Le syndicat a été déclaré coupable d'outrage criminel au tribunal pour avoir violé les ordonnances, et condamné à des amendes de 250 000 \$ et de 150 000 \$ à la suite de requêtes successives. Le juge de première instance a refusé à l'accusé le droit de contre-interroger sur certains affidavits pour le motif qu'il ne pouvait préalablement établir la pertinence du contre-interrogatoire. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel du syndicat qui se pourvoit devant notre Cour. Le pourvoi soulève les questions suivantes: (1) Le syndicat a-t-il la capacité juridique d'être reconnu coupable d'outrage criminel? (2) L'infraction que constitue l'outrage criminel porte-t-elle atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*? (3) Une directive émise par une commission provinciale et déposée à la cour peut-elle donner lieu à un outrage criminel? (4) Le syndicat n'ayant pas été autorisé à contre-interroger sur les affidavits déposés par le ministère public, les procédures ont-elles violé la *Charte*?

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Il est possible de tenir le syndicat responsable d'une infraction criminelle (dont l'outrage criminel) en common law. En outre, les syndicats sont des sociétés aux termes du *Code criminel*. La définition de société dans la loi provinciale implique, de toute évidence, que certaines sociétés peuvent exister sans être constituées sous le régime de la *Societies Act*. S'il est possible de poursuivre un syndicat, à titre de société, en vertu du *Code*, il devrait également être possible de le poursuivre pour une infraction criminelle de common law. Les syndicats ont donc la capacité juridique d'être reconnus coupables d'outrage criminel.

L'atteinte à la liberté qui découle de l'outrage criminel est portée en conformité avec les principes de justice

tal justice. The absence of codification does not in itself violate the principle that there must not be crime or punishment except in accordance with fixed, pre-determined law. Nor is the crime of criminal contempt so difficult to distinguish from civil contempt that it violates these principles. The distinction between civil and criminal contempt rests in the concept of public defiance that accompanies criminal contempt. To establish criminal contempt the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused defied or disobeyed a court order in a public way (the *actus reus*), with intent, knowledge or recklessness as to the fact that the public disobedience will tend to depreciate the authority of the court (the *mens rea*). When the accused must have known his or her act of defiance will be public, it may be inferred that he or she was at least reckless as to whether the authority of the Court would be brought into contempt. On the other hand, if the circumstances leave a reasonable doubt as to whether the breach was or should be expected to have this public quality, then the necessary *mens rea* would not be present and the accused would be acquitted, even if the matter in fact became public. While publicity is required for the offence, a civil contempt is not converted to a criminal contempt merely because it attracts publicity but rather because it constitutes a public act of defiance of the court in circumstances where the accused knew, intended or was reckless as to the fact that the act would publicly bring the court into contempt. An accused can predict in advance whether his or her conduct will constitute a crime. Criminal contempt does not therefore violate ss. 7, 11(a) or (g).

The inability of the judge to inquire into the validity of the order on the contempt proceeding does not deprive him or her of a responsibility which should rest with a s. 96 court. The judge must determine whether the Crown has established beyond a reasonable doubt that the accused has breached the directive in a way that amounts to public defiance of the authority of the court and if so, must determine the sentence. A judge entertaining a motion for contempt of an order made by a judge of the court, as opposed to an inferior tribunal, would not have the power to go behind the order for its validity is not an issue on the contempt hearing. Section 142(7) cannot insulate an inferior tribunal's decision from scrutiny as an affected party can always challenge the directive of the board on jurisdictional grounds.

Section 142(7) does not enable the province to enact criminal law, which is a matter reserved to Parliament. Rather, the provision engages the criminal law, just as it

fondamentale. L'absence de codification ne viole pas en soi le principe selon lequel les crimes et les sanctions ne peuvent être créés qu'en conformité avec un droit établi et déterminé d'avance. La distinction entre l'outrage criminel et l'outrage civil n'est pas non plus difficile à établir au point de porter atteinte à ces principes. Cette distinction repose sur la notion de transgression publique qui accompagne l'outrage criminel. Pour démontrer l'outrage criminel, le ministère public doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé a transgressé une ordonnance d'un tribunal ou y a désobéi publiquement (l'*actus reus*), tout en voulant que cette désobéissance publique contribue à miner l'autorité de la cour, en le sachant ou sans s'en soucier (la *mens rea*). Lorsque l'accusé devait savoir que sa transgression serait publique, il peut être inféré qu'à tout le moins, il ne se souciait pas de savoir s'il y aurait outrage à l'autorité de la cour. D'autre part, si les circonstances laissent planer un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé devait s'attendre ou aurait dû s'attendre à ce que cette violation revête un caractère public, la *mens rea* requise fait alors défaut et l'accusé doit être acquitté, même si l'affaire a en fait été publicisée. Bien que l'infraction doive posséder un caractère public, l'outrage civil ne devient pas criminel du simple fait qu'il attire la publicité; mais plutôt parce qu'il constitue un acte public de transgression à l'égard de la cour dans des circonstances où l'accusé savait que ce comportement porterait publiquement outrage au tribunal, en avait l'intention ou ne s'en souciait pas. L'accusé peut prédire à l'avance si son comportement constituera un crime. Par conséquent, l'outrage criminel ne viole pas l'art. 7 et les al. 11a) ou g).

L'incapacité du juge d'examiner la validité de l'ordonnance lors de la procédure pour outrage au tribunal ne le dessaisit pas d'une responsabilité devant appartenir à une cour constituée en vertu de l'art. 96. Il appartient au juge de déterminer si le ministère public a démontré hors de tout doute raisonnable que l'accusé a violé la directive d'une manière qui constitue une transgression publique à l'égard de l'autorité de la cour et, dans ce cas, d'infliger la peine. Le juge saisi d'une requête pour outrage portant sur une ordonnance rendue par un juge de la cour, et non par un tribunal inférieur, n'aurait pas le pouvoir de se prononcer sur la validité de l'ordonnance, qui n'est pas en cause lors de l'audience concernant l'outrage. Le paragraphe 142(7) ne peut soustraire la décision du tribunal inférieur à l'examen car la partie touchée peut toujours contester la directive émise par la commission en invoquant des motifs de compétence.

Le paragraphe 142(7) ne permet pas à la province d'adopter une loi en matière criminelle, compétence réservée au Parlement. La disposition fait plutôt interve-

may engage the civil contempt power, but it creates neither. Jurisprudence dealing with similar provisions in labour legislation in Canada has established that, where such Board orders are filed with the court, they have the same force and effect as orders of the court and disobedience can be punished by contempt and other similar proceedings.

The word "enforceable" is not restricted to the civil contempt power and can embrace the criminal contempt power. Words are to be given their plain ordinary meaning in a statute. No dictionary need to be called in aid to demonstrate that the words "enforceable as such" mean that an order of the Labour Relations Board is to be enforced by the court as if it were an order of the court. A directive of the Board can therefore give rise to criminal contempt.

The contempt proceeding is a criminal proceeding, and the full protections availing an accused on a criminal trial are available. This includes the right of cross-examination. However, the right of cross-examination is not unlimited. All cross-examination is subject to the discretion of the judge to refuse irrelevant cross-examination.

Even assuming that the trial judge, in limiting irrelevant questioning, did not have the discretion to exclude the cross-examination altogether on the basis that the accused did not prove beforehand that the intended questions were relevant, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. Section 686(1)(b)(iii) of the *Code* accordingly applies. The verdict would have been the same even if full cross-examination on these matters had been allowed.

Per Lamer C.J. and Cory J. (dissenting): Unions are subject to prosecution for the common law offence of criminal contempt. They fall within the scope of the term "societies" in the *Criminal Code's* definition of person and are liable for prosecution for a common law crime.

Both civil and criminal contempt may apply and attach to the same activity. Contempts tending to bring the administration of justice into scorn or to interfere with the due course of justice are criminal in their nature; contempt in disregarding orders or judgments of a civil court or in not doing something ordered to be done in a cause is not criminal in its nature. The *actus reus* for the offence of the criminal contempt must be

nir le droit criminel tout comme elle est susceptible de faire intervenir le pouvoir de punir pour outrage civil, mais elle ne crée ni l'un ni l'autre. Les décisions où il était question de dispositions semblables en matière de relations du travail au Canada démontrent que les ordonnances rendues par la commission et déposées auprès de la cour ont la même force exécutoire que les ordonnances de la cour, et leur inobservation peut être punie au moyen d'une procédure en outrage et d'autres procédures semblables.

Le terme «exécutoire» ne fait pas intervenir que le pouvoir de punir pour outrage civil, il peut inclure également celui de punir pour outrage criminel. On doit donner aux termes leur sens ordinaire dans une loi. Il est inutile de recourir à un dictionnaire pour établir que les termes «exécutoire au même titre» signifient qu'une ordonnance de la commission des relations de travail doit être exécutée par la cour au même titre qu'une ordonnance de celle-ci. Une directive de la commission peut donc faire l'objet d'un outrage criminel.

La procédure pour outrage au tribunal est de nature criminelle et offre toutes les garanties dont peut se prévaloir un accusé lors d'un procès au criminel. Ces garanties incluent le droit de contre-interroger. Toutefois, celui-ci n'est pas illimité. Tout contre-interrogatoire est assujéti au pouvoir discrétionnaire du juge de le refuser s'il n'est pas pertinent.

Même à supposer que le juge de première instance, en restreignant toute question non pertinente, n'avait pas le pouvoir discrétionnaire d'interdire complètement le contre-interrogatoire au motif que l'accusé n'avait pas prouvé au préalable que les questions qu'il souhaitait poser étaient pertinentes, il n'y a eu aucun préjudice ou erreur judiciaire grave. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code* s'applique donc. Le verdict aurait été le même s'il y avait eu un contre-interrogatoire complet.

Le juge en chef Lamer et le juge Cory (dissidents): Les syndicats sont susceptibles d'être poursuivis pour l'infraction de common law d'outrage criminel. Ils sont inclus dans le terme «sociétés» de la définition de personne du *Code criminel* et ils sont exposés à une poursuite pour un crime reconnu en common law.

L'outrage civil et l'outrage criminel peuvent tous les deux s'appliquer et se rattacher au même comportement. Les outrages susceptibles d'attirer le mépris sur l'administration de la justice ou d'entraver le cours normal de la justice sont de nature criminelle; mais n'est pas de nature criminelle l'outrage que commet quelqu'un qui ne tient aucun compte d'une ordonnance ou d'un jugement d'une cour civile, ou s'abstient de faire une chose

conduct which causes a serious public injury. In the context of a labour dispute that would be conduct which threatens the rule of law. The *mens rea* is that the perpetrator wilfully or knowingly caused this harm or, alternatively, acted with a reckless disregard that such harm was a reasonably foreseeable consequence of the act.

More than public conduct is necessary to transform a defiance of a court order into criminal contempt. To accept public conduct as the standard would replace a functional distinction derived from the separate interests which the law of civil and criminal contempt are designed to protect with an arbitrary distinction based on the public profile of a dispute which has resulted in the breach of a court order. Moreover, making it the sole determining factor would expand the scope of criminal contempt powers far beyond the limits necessary to achieve their end.

The criminal contempt power should be used sparingly, with great restraint and only when required to protect the rule of law. A court's response must be proportionate to the harm caused. If the penalty is of undue severity and disproportionately greater than that which is appropriate then it will diminish rather than enhance respect for the administration of justice.

The unrestrained use of criminal contempt proceedings in labour relations matters may again give rise to the perception that the courts are interfering with the collective bargaining process and intervening on behalf of management. If that perception persists, the courts will no longer be seen as impartial arbiters but as the instruments used by society for imposing crushing penalties on unions and union members.

The offence must not be so broadly defined that it threatens other values important to Canadian society. *Charter* rights, particularly freedom of expression, must be considered. Further, frequent use of criminal contempt could effectively restrict the union's ability to set out its position to the media, especially if publicity is chosen as the element which transforms civil into criminal contempt.

Alternative methods were available for enforcing compliance with the Board's order. The legislators designed a comprehensive and balanced scheme, which included a graduated system of fines, to deal with any

qu'un tribunal lui avait ordonné de faire. L'*actus reus* de l'infraction d'outrage criminel implique un comportement causant un préjudice public grave. Dans un contexte de conflit de travail, ce comportement menacerait la primauté du droit. La *mens rea* implique que l'auteur de l'infraction a volontairement ou sciemment causé ce préjudice ou qu'il ne s'est pas soucié de la conséquence raisonnablement prévisible de l'acte, savoir le préjudice.

Il ne suffit pas, pour transformer la transgression d'une ordonnance de la cour en un outrage criminel, que le comportement survienne en public. Accepter comme norme le comportement public remplacerait la distinction fonctionnelle créée par les intérêts distincts que le droit en matière d'outrage civil et d'outrage criminel est conçu pour protéger, par une distinction arbitraire fondée sur le profil public d'un litige qui a entraîné la violation d'une ordonnance de la cour. En outre, en faire le seul facteur déterminant étend la portée des pouvoirs de punir pour outrage criminel bien au-delà des limites nécessaires pour atteindre leur fin.

Le pouvoir de punir pour outrage criminel devrait être exercé avec modération, avec une grande réserve et dans les seules circonstances où il est nécessaire de protéger la primauté du droit. La réponse de la cour doit être proportionnée au préjudice causé. Si la sanction est injustement sévère et excessivement plus importante que ce qui est justifié, elle contribuera alors à amoindrir plutôt qu'à accroître le respect de l'administration de la justice.

Le recours illimité à des procédures en outrage criminel dans un contexte de relations du travail risque encore une fois de faire naître l'impression que les cours s'ingèrent dans le processus des négociations collectives et qu'elles interviennent au nom de la direction. Si cette impression persiste, on ne verra plus les cours comme des arbitres impartiaux, mais comme les instruments utilisés par la société pour imposer des sanctions accablantes aux syndicats et à leurs membres.

Le libellé de l'infraction ne doit pas être général au point qu'elle menace d'autres valeurs importantes pour la société canadienne. On doit tenir compte des droits garantis par la *Charte* et, particulièrement, de la liberté d'expression. En outre, l'utilisation fréquente de l'outrage criminel risque de rendre la tâche difficile au syndicat qui souhaite expliquer sa position aux médias, particulièrement si, en raison de la publicité, l'outrage civil devient criminel.

Il existait d'autres moyens de faire respecter l'ordonnance de la Commission. Le législateur a conçu un régime complet et équilibré, qui prévoit une échelle des amendes, pour répondre à toute violation d'ordon-

infringement of orders. The use of criminal contempt proceedings and the imposition of crushing penalties were inappropriate except in circumstances of violence or threats of serious violence.

The conduct of the union leadership was not sufficient to transform the civil contempt into criminal contempt. The element of public injury was missing from the breach of the order. The nurses neither flaunted their disobedience of the order nor presented any threat of violence. The diffidence of their spokesperson in discussing the matter with press indicated that the union did not intend to bring the administration of justice into a disrepute or hold it up to scorn.

A criminal contempt hearing is held as a summary proceeding and the evidence against the defendant may be adduced in affidavit form. This procedure does not, of itself, violate the s. 7 *Charter* rights of the accused to a fair trial if the court conducts the hearing in accordance with the principles of fundamental justice. Fundamental justice includes the right to cross-examination on the affidavit evidence adduced in the hearing.

The accused's right to cross-examine on the affidavit evidence need not extend to irrelevant matters. Relevance, however, should generally not be determined in advance. The right to cross-examination should exist without preconditions. The defence should have been permitted to call and cross-examine those witnesses who had submitted sworn affidavits. It would be wrong in principle to apply the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

Per Sopinka J. (dissenting): Section 142(7) of the *Alberta Labour Relations Act* does not convert the directives of the Board into an order of a court of superior jurisdiction so as to attract the power of such a court to punish for criminal contempt.

The criminal law of contempt must be distinguished from civil contempt. Criminal contempt is to punish conduct calculated to bring the administration of justice by the courts into disrepute; civil contempt is to secure compliance with the process of a tribunal including, but not limited to, the process of a court.

Before jurisdiction to punish for criminal contempt can be found, there must be an act of the court taken in the course of the administration of justice. The alleged contemnor cannot bring the administration of justice by the courts into disrepute if the order which has been dis-

nances. Le recours à des procédures en matière d'outrage criminel et l'imposition de sanctions accablantes ne sont appropriés que dans les cas de violence ou de menaces de violence grave.

À lui seul, le comportement de la direction du syndicat ne suffisait pas à faire de l'outrage civil un outrage criminel. L'élément de préjudice public était absent de la violation de l'ordonnance. Les infirmiers et infirmières ne présentaient certainement pas une menace de violence, pas plus qu'ils n'ont fait étalage de leur désobéissance. Le manque d'assurance dont la porte-parole a fait preuve à ce sujet à la conférence de presse démontre que le syndicat n'avait pas l'intention de déconsidérer l'administration de la justice ni d'attirer le mépris sur elle.

L'audience pour outrage criminel est une procédure sommaire, et la preuve contre le défendeur peut être présentée sous forme d'affidavit. Cette procédure ne viole pas, en soi, le droit de l'accusé à un procès équitable, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, dans la mesure où la cour tient l'audience en conformité avec les principes de justice fondamentale. Celle-ci inclut le droit de contre-interroger sur la preuve présentée par affidavit à l'audience.

Le droit de l'accusé de contre-interroger sur la preuve présentée par affidavit ne peut s'étendre à des questions non pertinentes. Toutefois, en règle générale, la question de pertinence ne devrait pas être tranchée préalablement. Le droit de contre-interroger devrait exister sans conditions préalables. La défense aurait dû être autorisée à contre-interroger les témoins ayant soumis des affidavits. Il serait erroné en principe d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*.

Le juge Sopinka (dissident): Le paragraphe 142(7) de la *Labour Relations Act* de l'Alberta ne transforme pas les directives de la Commission en ordonnances d'une cour de juridiction supérieure de façon à faire intervenir le pouvoir de cette cour de punir l'outrage criminel.

Il importe de distinguer le droit en matière d'outrage criminel de l'outrage civil. L'outrage criminel vise à punir la conduite qui, délibérément, déconsidère l'administration de la justice par les cours; l'outrage civil vise à assurer la conformité à la procédure d'un tribunal dont, notamment, celle d'une cour de justice.

Avant que l'on puisse conclure à la compétence de punir pour outrage criminel, il doit y avoir eu de la part de la cour un acte exercé dans le cours de l'administration de la justice. Celui qui, allègue-t-on, a commis un outrage ne peut pas déconsidérer l'administration de la

obeyed is not in fact an order of the court but that of an inferior tribunal.

Provincial legislation cannot provide that an order, which remains a directive of the Board, be the subject of criminal contempt proceedings. In as much as no such offence exists at common law a contrary interpretation would enable the province to enact criminal law which is a matter reserved to Parliament. The language of the section is capable of a meaning that conforms to the province's powers.

The words "enforceable" and "judgment" are the critical words in s. 142(7). "Enforcement" can have at least two meanings: a penalty for the purpose of punishment or a process for securing compliance. When used in the latter sense a fine or other penalty may still be employed to induce obedience and not for the purpose of punishment. The use of "enforceable" in s. 142(7) was intended in the latter sense to enable measures to be taken to secure compliance rather than in the criminal law sense emphasizing punishment.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees* (1981), 132 D.L.R. (3d) 270; *Citation Industries Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; referred to: *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; *International Longshoremen's Association v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120; *Young v. C.N.R.*, [1931] 1 D.L.R. 645; *R. v. United Fishermen & Allied Workers Union*, [1968] 2 C.C.C. 257, leave to appeal denied [1968] S.C.R. 255; *British Columbia Telephone Co. v. Telecommunications Workers Union* (1981), 121 D.L.R. (3d) 326; *New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers* (1977), 16 N.B.R. (2d) 161; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney-General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *R. v. Parke*, [1903] 2 K.B. 432; *R. v. Davies*, [1906] 1 K.B. 32; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Ironworks, Ltd.*, [1949] A.C.

justice par les cours si l'ordonnance à laquelle il a désobéi n'est, en fait, qu'une ordonnance d'un tribunal inférieur, et non de la cour.

La législation provinciale ne peut pas prévoir qu'une ordonnance, qui demeure une directive de la Commission, peut servir de fondement à des procédures en outrage criminel. Puisqu'une telle infraction n'existe pas en common law, une interprétation contraire permettrait à la province d'adopter des lois en matière criminelle, compétence réservée au Parlement. On peut donner au libellé de la disposition un sens qui est conforme aux compétences d'une province.

Les termes «exécutoire» et «jugement» au par. 142(7) sont déterminants. L'exécution peut avoir au moins deux sens: il peut renvoyer à une peine, visant à punir, ou à une procédure visant à l'accomplissement de l'acte requis. Dans ce dernier sens, le terme signifie qu'une amende, ou une autre peine, peut encore être infligée en vue de faire respecter un ordre et non en vue de punir. On a utilisé l'exécution au par. 142(7) dans ce deuxième sens afin que des mesures puissent être prises pour assurer la conformité, plutôt que dans le sens pénal du terme qui met l'accent sur la punition.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees* (1981), 132 D.L.R. (3d) 270; *Citation Industries Ltd. c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; arrêts mentionnés: *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265; *Association internationale des débardeurs c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120; *Young c. C.N.R.*, [1931] 1 D.L.R. 645; *R. c. United Fishermen & Allied Workers Union*, [1968] 2 C.C.C. 257, autorisation de pourvoi refusée [1968] R.C.S. 255; *British Columbia Telephone Co. c. Telecommunications Workers Union* (1981), 121 D.L.R. (3d) 326; *New Brunswick Electric Power Commission c. International Brotherhood of Electrical Workers* (1977), 16 R.N.-B. (2d) 161; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *R. c. Parke*, [1903] 2 K.B. 432; *R. c. Davies* [1906] 1 K.B. 32; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John*

134; *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] 1 S.C.R. 112.

By Cory J. (dissenting)

Poje v. Attorney General for British Columbia, [1953] 1 S.C.R. 516; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 419; *R. v. Kopyto* (1987), 61 C.R. (3d) 209; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas* (1987), 32 C.C.C. (3d) 417; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

By Sopinka J. (dissenting)

B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Hill* (1976), 73 D.L.R. (3d) 621; *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516; *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618; *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees* (1981), 132 D.L.R. (3d) 270; *Attorney General v. British Broadcasting Corp.*, [1980] 3 All E.R. 161; *Parklane Private Hospital Ltd. v. B.C. Government Employees Union* (1988), 88 C.L.L.C. ¶ 14,017; *Toronto R. Co. v. City of Toronto* (1920), 51 D.L.R. 69; *Citation Industries Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; *Edmonton General Hospital v. United Nurses of Alberta, Local 79* (1990), 104 A.R. 394; *Re Tilco Plastics Ltd. v. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547, aff'd [1967] 1 O.R. 609; *R. v. Green*, [1992] 1 S.C.R. 614.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 11(a), (g).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 9, 686(1)(b)(iii).
Labour Relations Act, R.S.A. 1980, c. L-1.1, ss. 105(3) [am. S.A. 1983, c. 34], 142(5)(b), (7), (7.2), 153, 154(1), (2), 155(1), (2), 156(a), (b), 157.
Rules of Court (Alberta), Rule 704(1).
Societies Act, R.S.A. 1980, c. S-18, s. 1(c).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West, 1990.
 Canada. Law Reform Commission. Report 17. *Contempt of Court*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.

East Ironworks, Ltd., [1949] A.C. 134; *Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.)*, [1977] 1 R.C.S. 112.

Citée par le juge Cory (dissident)

Poje c. Attorney General for British Columbia, [1953] 1 R.C.S. 516; *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 419; *R. c. Kopyto* (1987), 61 C.R. (3d) 209; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas* (1987), 32 C.C.C. (3d) 417; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Hill* (1976), 73 D.L.R. (3d) 621; *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516; *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618; *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees* (1981), 132 D.L.R. (3d) 270; *Attorney General c. British Broadcasting Corp.*, [1980] 3 All E.R. 161; *Parklane Private Hospital Ltd. c. B.C. Government Employees Union* (1988), 88 C.L.L.C. ¶ 14,017; *Toronto R. Co. c. City of Toronto* (1920), 51 D.L.R. 69; *Citation Industries Ltd. c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360; *Edmonton General Hospital c. United Nurses of Alberta, Local 79* (1990), 104 A.R. 394; *Re Tilco Plastics Ltd. c. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547, conf. [1967] 1 O.R. 609; *R. c. Green*, [1992] 1 R.C.S. 614.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 11a), g).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 9, 686(1)(b)(iii).
Labour Relations Act, R.S.A. 1980, ch. L-1.1, art. 105(3) [mod. S.A. 1983, ch. 34], 142(5)(b), (7), (7.2), 153, 154(1), (2), 155(1), (2), 156a), b), 157.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Rules of Court (Alberta), Règle 704(1).
Societies Act, R.S.A. 1980, ch. S-18, art. 1c).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West, 1990.
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport n° 17. *L'outrage au tribunal*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1982.

Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 152, 66 D.L.R. (4th) 385, 54 C.C.C. (3d) 1, 90 CLLC 14,022, dismissing an appeal from convictions of criminal contempt by O'Byrne J. and by Sinclair J. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and Cory JJ. dissenting.

Alexander D. Pringle and Sheila J. Greckol, for the appellant.

Paul C. Bourque and Robert C. Maybank, for the respondent.

I. G. Whitehall, Q.C., and *L. M. Huculak*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean-François Jobin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Deborah K. Lovett, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

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

CORY J. (dissenting)—The United Nurses of Alberta, a trade union, was found on two occasions to have been guilty of criminal contempt as a result of breaches of orders of the Labour Relations Board of Alberta. The union was fined a total of \$400,000. This appeal raises issues as to how criminal contempt should be defined and its relationship to civil contempt.

I have read the reasons of my colleagues Justices McLachlin and Sopinka. I find that I must with the greatest respect disagree with the reasons of McLachlin J. Although I am in substantial agreement with the reasons of Sopinka J., I have some reservation with respect to his conclusion that, if the breach of orders made pursuant to the Alberta *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, c. L-1.1, could lead to invoking criminal contempt

Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 152, 66 D.L.R. (4th) 385, 54 C.C.C. (3d) 1, 90 CLLC 14,022, qui a rejeté un appel contre des déclarations de culpabilité d'outrage criminel rendues par le juge O'Byrne et par le juge Sinclair. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Cory sont dissidents.

Alexander D. Pringle et Sheila J. Greckol, pour l'appelant.

Paul C. Bourque et Robert C. Maybank, pour l'intimé.

I. G. Whitehall, c.r., et *L. M. Huculak*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean-François Jobin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Deborah K. Lovett, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

LE JUGE CORY (dissident)—United Nurses of Alberta, un syndicat, a été déclaré coupable d'outrage criminel à deux reprises pour avoir violé des ordonnances de la Labour Relations Board de l'Alberta (la Commission). On a imposé au syndicat une amende totale de 400 000 \$. Le présent pourvoi soulève des questions sur la délimitation de l'outrage criminel et sur sa relation avec l'outrage civil.

J'ai lu les motifs de mes collègues les juges McLachlin et Sopinka. Avec égards, je ne peux être d'accord avec les motifs du juge McLachlin. En grande partie d'accord avec ceux du juge Sopinka, je dois cependant émettre des réserves lorsqu'il conclut que si la violation d'ordonnances rendues en vertu de la *Labour Relations Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-1.1, pouvait entraîner des procédures en matière d'outrage criminel,

proceedings, it would trench on the federal criminal law power. Nonetheless, I too would allow the appeal but on a somewhat broader basis.

The Law of Criminal Contempt

(a) *Are Unions Subject to Criminal Contempt?*

There can be no doubt that unions have the legal status to sue and to be sued in civil matters. They can and do present and defend cases before the courts. They make full use of the courts and the remedies they provide. If unions avail themselves of court facilities, they must be subject to the court's rules and restraints placed on the conduct of all litigants. It follows that they are subject to prosecution for the common law offence of criminal contempt. There can be no question that unions fall within the scope of the term "societies" in the *Criminal Code's* definition of person and they must be equally liable for prosecution for a common law crime.

(b) *Definition of Criminal Contempt*

What is criminal contempt? The common law recognizes two separate species of contempt. That which is civil and that which is criminal in nature. Contempt of court may arise in many different ways and may take many different forms. This case of course deals with the disobedience of a judicial order. The United Nurses of Alberta violated a directive of an administrative board (the Labour Relations Board of Alberta) which had been filed with the court. For the purpose of this case it can be taken that the union defied an order of the court. There can be no doubt that such defiance brings a party into civil contempt. However, both civil and criminal contempt may apply and attach to the same activity. In this case it must be determined what element transforms civil into criminal contempt.

The leading Canadian case on this issue is *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516. There, Kellock J. examined the English jurisprudence which considered the dis-

on empiéterait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel. Néanmoins, je suis moi aussi d'avis d'accueillir le pourvoi, mais pour des motifs un peu plus généraux.

Le droit en matière d'outrage criminel

a) *Les syndicats sont-ils exposés à l'outrage criminel?*

Il n'y a pas de doute que les syndicats ont la capacité juridique d'ester en matière civile. Ils exercent leur pouvoir de soutenir et de défendre des causes devant les tribunaux qu'ils utilisent abondamment pour les réparations qu'ils offrent. Si les syndicats se prévalent des tribunaux, ils doivent être soumis à leurs règles et aux contraintes imposées au comportement de tous les plaideurs. Ils sont donc susceptibles d'être poursuivis pour l'infraction de common law d'outrage criminel. Comme les syndicats sont, de toute évidence, inclus dans le terme «sociétés» de la définition de personne du *Code criminel*, ils doivent également être exposés à une poursuite pour un crime reconnu en common law.

b) *Définition de l'outrage criminel*

Qu'est-ce que l'outrage criminel? La common law reconnaît deux catégories distinctes d'outrage. L'un est civil, l'autre est criminel. L'outrage au tribunal peut se produire de maintes façons et se présenter sous différentes formes. En l'espèce, il s'agit évidemment d'une désobéissance à une ordonnance judiciaire. United Nurses of Alberta a violé une directive d'un tribunal administratif (la Commission) qui avait été déposée à la cour. Pour les fins de l'espèce, on peut supposer que le syndicat a transgressé une ordonnance de la cour. Nul doute que, par cette transgression, la partie commet un outrage civil. Toutefois, l'outrage civil et l'outrage criminel peuvent tous les deux s'appliquer et se rattacher au même comportement. En l'espèce, il faut déterminer l'élément qui fait de l'outrage civil un outrage criminel.

L'arrêt de principe canadien sur cette question est *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516. Dans cet arrêt, le juge Kellock a étudié la jurisprudence anglaise dans

inction between the two types of contempt. He cited *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 419 (H.L.), as authority for the proposition that mere disobedience of a Court Order is not necessarily criminal. He noted at p. 520 that "... it may be so, depending upon the nature and quality of the conduct involved". Kellock J., at p. 522, adopted Oswald's treatise *Contempt of Court*, 3rd ed., at p. 36, as setting out the critical factor which transforms disobedience of the court order into criminal contempt, particularly the following paragraph:

And, generally, the distinction between contempts criminal and not criminal seems to be that contempts which tend to bring the administration of justice into scorn, or which tend to interfere with the due course of justice, are criminal in their nature; but that contempt in disregarding orders or judgments of a Civil Court or in not doing something ordered to be done in a cause, is not criminal in its nature. In other words, where contempt involves a *public* injury or offence, it is criminal in its nature, and the proper remedy is committal—but where the contempt involves a private injury only it is not criminal in its nature.

The distinction drawn by Oswald makes eminently good sense. The purpose of the criminal law is to protect society whereas the civil law regulates and facilitates private relationships. The sole reason for the existence of a separate category of criminal contempt is to answer the need to discourage and to punish those acts which occasion serious injuries to the public interest. Where the injury caused by disobedience to an order is private in nature, the civil contempt powers suffice. In order to determine whether by their conduct individuals are subject to criminal contempt, the court should ask: who has been injured and what are the extent of the injuries caused by the contumacious conduct?

In *Poje* the contempt proceedings arose from actions taken by union members during a strike involving the International Wood Workers of

laquelle on a examiné la distinction entre les deux catégories d'outrage. À titre de jurisprudence, il a cité l'arrêt *Scott c. Scott*, [1913] A.C. 419 (H.L.), où l'on avance que la simple désobéissance à une ordonnance de la cour n'est pas nécessairement criminelle. Il a remarqué, à la p. 520, que [TRADUCTION] «... il peut en être ainsi, selon la nature et le caractère du comportement en cause». Le juge Kellock a adopté, à la p. 522, l'énoncé formulé dans le traité d'Oswald, *Contempt of Court*, 3^e éd., à la p. 36, sur le facteur déterminant qui transforme la désobéissance à une ordonnance de la cour en un outrage criminel, particulièrement le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Et, de manière générale, il semble que la différence entre les outrages criminels et ceux qui ne le sont pas c'est que les outrages susceptibles d'attirer le mépris sur l'administration de la justice ou d'entraver le cours normal de la justice, sont de nature criminelle; mais que n'est pas de nature criminelle l'outrage que commet quelqu'un qui ne tient aucun compte d'une ordonnance ou d'un jugement d'une cour civile, ou s'abstient de faire une chose qu'un tribunal lui avait ordonné de faire. En d'autres mots, si un outrage comporte un préjudice ou une infraction de caractère *public*, il est de nature criminelle, et le recours qui convient est l'incarcération — mais si l'outrage ne comporte qu'un préjudice de caractère particulier, il n'est pas de nature criminelle.

La distinction établie par Oswald est parfaitement sensée. Le droit criminel vise à protéger la société, alors que le droit civil régularise et facilite les rapports de nature privée. L'unique raison d'être d'une catégorie distincte d'outrage criminel est de combler le besoin de décourager et de punir les comportements qui causent des préjudices graves à l'intérêt public. Lorsque le préjudice causé par la désobéissance à une ordonnance est de nature privée, le pouvoir de punir pour outrage civil est suffisant. Pour déterminer si, par leur comportement, des personnes s'exposent à l'outrage criminel, la cour doit déterminer la victime et la nature du préjudice causé par la désobéissance.

Dans l'arrêt *Poje*, on a eu recours à la procédure pour outrage suite au comportement des syndiqués au cours d'une grève déclenchée par International



America. The strikers were striving to prevent the loading of lumber at the docks. To that end they formed picket lines at the dock entrance to discourage the longshoremen from loading a ship with the lumber. An *ex parte* injunction against the union had been obtained restraining it from obstructing access to the ship. Nonetheless, large numbers of men persisted in blocking the dock entrance. At the contempt hearings the defendants argued that their purpose was simply to communicate information, not to obstruct access to the docks. Kellock J. rejected this rather incredible explanation. He found, at p. 526, that:

The congregation of the large numbers of men at the times that the longshoremen were to arrive had no other object or effect than to present force.

It can be seen that Kellock J. was convinced, on the basis of the facts presented, that the picketers presented a very real threat of violence. It was the imminent threat of violent action undertaken by a large number of men in very public defiance of a court order which transformed the breach of the injunction into actionable criminal contempt. He concluded, at p. 527, that:

The context in which these incidents occurred, the large numbers of men involved and the *public* nature of the defiance of the order of the court transfer the conduct here in question from the realm of a mere civil contempt, such as an ordinary breach of injunction with respect to private rights in a patent or trade-mark, for example, into the realm of a public depreciation of the authority of the court tending to bring the administration of justice into scorn. It is to be observed that the nuisance created by the incidents referred to brought the appellants within the scope of s. 501 of the *Criminal Code* Over and above these offences, however, the character of the conduct involved a public injury amounting to criminal contempt.

Of paramount concern to Kellock J. in reaching this conclusion was the context in which the impugned conduct took place and the public character of the injury. These were the factors he took into account in classifying the activity as criminal contempt.

Wood Workers of America. Les grévistes tentaient d'empêcher le chargement de bois aux quais. À cette fin, ils ont formé des lignes de piquetage à l'entrée des quais pour dissuader les débardeurs de charger du bois sur un navire. On a obtenu, contre le syndicat, une injonction *ex parte* lui interdisant de gêner l'accès au navire. Toutefois, des hommes en grand nombre ont persisté à bloquer l'entrée des quais. Lors des auditions portant sur l'outrage, les défendeurs ont prétendu qu'ils cherchaient simplement à informer les gens et non à gêner l'accès aux quais. Le juge Kellock a rejeté cette explication plutôt incroyable. Il a dit, à la p. 526:

[TRADUCTION] Le rassemblement d'un grand nombre d'hommes au moment où les débardeurs devaient arriver n'avait pas d'autre objet ou effet que d'opposer une contrainte.

Le juge Kellock était visiblement convaincu, sur la foi des faits présentés, que les piqueteurs présentaient une menace réelle de violence. Cette menace imminente d'un acte violent de la part d'un grand nombre d'hommes ayant publiquement transgressé une ordonnance de la cour a transformé la violation de l'injonction en un outrage criminel pouvant entraîner une poursuite. Il a conclu, à la p. 527:

[TRADUCTION] Le contexte dans lequel ces incidents se sont produits, le nombre important d'hommes en cause et la nature *publique* de la transgression de l'ordonnance de la cour déplace le comportement en question en l'espèce du domaine de l'outrage civil, dont fait notamment partie la simple violation d'une injonction accordée à l'égard de droits privés dans un brevet ou dans une marque de commerce, pour l'inscrire dans le domaine de la déconsidération publique de l'autorité de la cour qui tend à discréditer l'administration de la justice. Il faut remarquer qu'en raison de la nuisance causée par les incidents mentionnés, les appelants se situent dans la portée de l'art. 501 du *Code criminel* [. . .] Toutefois, outre ces infractions, la nature du comportement a causé un préjudice public qui équivaut à un outrage criminel.

La toute première préoccupation du juge Kellock en concluant ainsi portait sur le contexte dans lequel le comportement reproché a eu lieu et sur la nature publique du préjudice. Ce sont les facteurs dont il a tenu compte pour qualifier le comportement d'outrage criminel.

The *actus reus* for the offence of the criminal contempt must be conduct which causes a serious public injury. In the context of a labour dispute that would be conduct which threatens the rule of law. These would include acts of violence or threats of violence by large groups, or activities which could lead to a serious breakdown of the social order. The requisite *mens rea* of the offence is that the perpetrator wilfully or knowingly caused this harm, or alternatively, acted with a reckless disregard that such harm was a reasonably foreseeable consequence of the act. See *R. v. Kopyto* (1987), 61 C.R. (3d) 209 (Ont. C.A.), at p. 287.

(c) *The Effect of Publicity*

My colleague McLachlin J. concludes that in essence all that is necessary to transform a defiance of a court order into criminal contempt is that the conduct occur in public. With respect, I cannot agree. To accept such a standard would be to ignore the basis of the distinction between criminal and civil contempt. It would replace a functional distinction derived from the separate interests which the law of civil and criminal contempt are designed to protect with an arbitrary distinction based on the public profile of a dispute which has resulted in the breach of a court order. I would certainly agree that the intentional defiance of a court order, which takes place in full public view, may well be a significant factor in leading a court to conclude that there had been an injury to the public interest. However, to make it the sole determining factor expands the scope of criminal contempt powers far beyond the limits necessary to achieve their end. Criminal contempt provides the court with an awesome power which may have devastating consequences. It should be exercised with the greatest restraint and caution.

The Law Reform Commission of Canada examined the offence of criminal contempt in a 1982 report: *Contempt of Court*, Report 17. Although the Commission acknowledged that criminal contempt had an important role to play in

L'*actus reus* de l'infraction d'outrage criminel implique un comportement causant un préjudice public grave. Dans un contexte de conflit de travail, ce comportement menacerait la primauté du droit. On parle notamment d'actes de violence ou de menaces de violence par un groupe imposant ou d'activités susceptibles de causer un effondrement grave de l'ordre social. La *mens rea*, quant à elle, implique que l'auteur de l'infraction a volontairement ou sciemment causé ce préjudice ou qu'il ne s'est pas soucié de la conséquence raisonnablement prévisible de l'acte, savoir le préjudice. Voir *R. c. Kopyto* (1987), 61 C.R. (3d) 209 (C.A. Ont.), à la p. 287.

c) *L'effet de la publicité*

Ma collègue le juge McLachlin conclut qu'essentiellement, il suffit, pour transformer la transgression d'une ordonnance de la cour en un outrage criminel, que le comportement survienne en public. Avec égards, je ne puis être d'accord. Accepter comme norme la nature publique du comportement serait faire abstraction du fondement de la distinction entre l'outrage criminel et l'outrage civil. On remplacerait ainsi la distinction fonctionnelle créée par les intérêts distincts que le droit en matière d'outrage civil et d'outrage criminel est conçu pour protéger, par une distinction arbitraire fondée sur le profil public d'un conflit qui a entraîné la violation d'une ordonnance de la cour. Je conviens certes que la transgression intentionnelle d'une ordonnance de la cour au vu et au su de tous peut très bien être un facteur déterminant qui amène la cour à conclure que l'intérêt public a subi un préjudice. Toutefois, en faire le seul facteur déterminant étend la portée des pouvoirs de punir pour outrage criminel bien au-delà des limites nécessaires pour atteindre leur fin. L'outrage criminel investit la cour d'un pouvoir énorme qui risque d'avoir des conséquences dévastatrices. Ce pouvoir devrait être exercé avec la plus grande réserve et la plus grande prudence.

La Commission de réforme du droit du Canada a étudié l'infraction d'outrage criminel dans un rapport de 1982: *L'outrage au tribunal*, rapport n° 17. Bien qu'elle y reconnaisse le rôle important de l'outrage criminel pour soutenir l'administra-

sustaining the administration of justice it nevertheless advocated strict limits on its exercise. The Commission recommended that the use of the criminal contempt power should be confined to those rare situations in which it was essential to protect our system of justice. It noted at pp. 3-4:

Penal sanctions should be reserved for very serious cases and used with moderation in order to reaffirm fundamental values solemnly. Criminal law must thus set tolerance thresholds. In matters of contempt, these thresholds must be established on the basis of the values to be protected, and must take into account the fact that civil contempt is often sufficient to reaffirm the values contravened, or to restore peace, efficacy and impartiality to a situation jeopardized by the act of an individual.

I agree that criminal contempt power should be used sparingly, with great restraint and only in those circumstances when it is required to protect the rule of law. The response of the court to a party in defiance of its order must be proportionate to the harm caused. If the penalty is of undue severity and disproportionately greater than that which is appropriate then it will diminish rather than enhance respect for the administration of justice.

If civil contempt is to be transformed into criminal contempt solely because it has occurred in a public forum, then it will have a very severe impact on all labour relations. Labour disputes culminating in strikes and picketing must necessarily take place in the public eye. Both unions and management rely on publicity to raise public awareness of the issues involved in the dispute. Both sides will seek public support. Court orders pertaining to a labour dispute will attract more attention to it. A defiance of such a court order is bound to attract still further public attention. In the usual course of events the breach of an order of a labour relations board during the course of union organizing, contract negotiations or a strike can, and should be, subject to monetary and legal consequences. The consequences should as a general rule be those provided by the applicable labour relations act or those which would result from civil contempt. It

tion de la justice, elle préconise néanmoins une utilisation très limitée. Elle a recommandé que l'exercice du pouvoir de punir pour outrage criminel se limite aux rares situations où il est essentiel de protéger notre système judiciaire. Elle a remarqué, aux pp. 3 et 4:

La sanction pénale doit être réservée aux cas très graves et n'être utilisée qu'avec modération dans le but de réaffirmer d'une façon solennelle des valeurs fondamentales. Le droit criminel doit donc fixer des seuils de tolérance. En matière d'outrage, ces seuils doivent être établis en fonction des valeurs à protéger et en tenant compte du fait que l'outrage civil est bien souvent suffisant pour réaffirmer les valeurs transgressées ou pour rétablir une situation compromise par l'acte d'un individu.

Je conviens que le pouvoir de punir pour outrage criminel devrait être exercé avec modération, avec une grande réserve et dans les seules circonstances où il est nécessaire de protéger la primauté du droit. La réponse de la cour à une partie qui transgresse son ordonnance doit être proportionnée au préjudice causé. Si la sanction est injustement sévère et excessivement plus importante que ce qui est justifié, elle contribuera alors à amoindrir plutôt qu'à accroître le respect de l'administration de la justice.

Si l'outrage civil doit devenir criminel uniquement parce qu'il s'est produit sur la place publique, il aura alors un effet très sérieux sur toutes les relations du travail. Les conflits de travail aboutissant à des grèves et à un piquetage se déroulent nécessairement au grand jour. Tant les syndicats que la direction comptent sur la publicité pour informer le public des questions en cause dans le conflit. Les deux parties rechercheront son appui. Les ordonnances de la cour en matière de conflit de travail attirent plus d'attention sur celui-ci et, inévitablement, la transgression d'une telle ordonnance capte encore plus l'attention du public. Dans le cours normal des événements, la violation d'une ordonnance d'une commission des relations de travail en période de recrutement par un syndicat, de négociations d'une convention ou de grève peut, et doit, entraîner des conséquences pécuniaires et juridiques. En règle générale, on devrait

should rarely attract the penalties flowing from criminal contempt.

Historically bitter conflicts between employer and employee tore at the very fabric of society. It was evident that means were required to encourage negotiations and the resolution of disputes between labour and management. In the early days of labour disputes, the courts were frequently and vehemently criticized for the role that they played or appeared to play. The courts were seen to be pro-management. Whether that view was completely justified or not, it was one which was frequently expressed. It led inevitably to some diminution of the reputation of the courts as impartial arbiters of disputes, whether those disputes were between the state and the subject or between subject and subject.

Now the resolution of labour disputes is governed by legislative codes that have evolved over the past century. These codes have frequently been refined over the last 40 years. The labour relation boards established by this legislation operate to resolve conflicts and maintain the delicate balance between labour and management. Board members are experts in the field and are sensitive to the problems that are unique to it. It is usually the Boards that devise the solutions to conflicts. It is the Boards operating under their statutes that are best equipped to punish for breach of their orders. Thus the various Labour Relations Acts provide the penalties for breach which the Legislature or Parliament deemed appropriate in the context of the complex field of labour relations. It is these punishments which should as a general rule be applied by the courts.

The unrestrained use of criminal contempt proceedings in labour relations matters will once again give rise to the perception that the courts are interfering with the collective bargaining process and intervening on behalf of management. If that perception persists, the courts will no longer be

faire appel à celles qui sont prévues par la loi sur les relations de travail applicable ou celles qui résultent de l'outrage civil. La violation ne devrait que rarement entraîner les sanctions qui découlent de l'outrage criminel.

De tout temps, des conflits acharnés entre employeurs et employés ont sapé les principes fondamentaux de la société. Manifestement, il fallait trouver des moyens pour encourager les négociations et le règlement de conflits entre les travailleurs et la direction. À l'origine des conflits de travail, les tribunaux étaient fréquemment et violemment critiqués pour le rôle qu'ils jouaient ou paraissaient jouer. On les croyait en faveur de la direction. Que cette opinion ait été totalement justifiée ou non, elle était fréquemment exprimée. On a alors connu, inévitablement, une certaine diminution de la réputation des tribunaux à titre d'arbitres impartiaux des conflits, que ceux-ci opposent l'État et un particulier ou deux particuliers.

Aujourd'hui, le règlement des conflits de travail est régi par des codes législatifs qui ont évolué au cours du siècle et qui, au cours des 40 dernières années, ont été fréquemment améliorés. Les commissions des relations de travail constituées par cette législation visent à régler des conflits et à maintenir l'équilibre précaire qui existe entre les travailleurs et la direction. Les commissaires sont des experts dans ce domaine et sont sensibles aux problèmes qui lui sont exclusifs. C'est normalement les commissions qui trouvent les solutions aux conflits. Ce sont elles aussi qui, agissant en vertu de leur loi, sont les mieux équipées pour sanctionner la violation de leurs ordonnances. Ainsi, les différentes lois sur les relations de travail prévoient les sanctions que la Législature ou le Parlement ont jugé opportunes dans le contexte du domaine complexe des relations du travail. Ce sont là les peines que, en règle générale, les tribunaux devraient appliquer.

Le recours illimité à des procédures en outrage criminel dans un contexte de relations du travail fera encore une fois naître l'impression que les cours s'ingèrent dans le processus des négociations collectives et qu'elles interviennent au nom de la direction. Si cette impression persiste, on ne verra

seen as impartial arbiters but as the instruments used by society for imposing crushing penalties on unions and union members. In her dissenting judgment in the Alberta Court of Appeal (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 152, Veit J.A. was aware of this danger and rightly recognized that it would be "unseemly" for the courts to utilize criminal contempt in these situations.

Further, in considering the nature of criminal contempt, Courts should have regard to the values enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and in particular, the protection of freedom of expression. It is true that the offence exists to fill the perceived need to protect the public from harm. However, the offence must not be so broadly defined that it threatens other values important to Canadian society. A strike is the ultimate weapon of labour. The dispute may often involve more than the wages of labour. Matters such as working conditions or pensions may be the basic issues. Often it is only by means of a strike that union members can publicize and emphasize the merits of their position as they see them with regard to the issues in dispute. It is essential that both the labour and management side be able to put forward their position so the public fully understands the issues and can determine which side is worthy of public support. Historically, to put forward their position, management has had far greater access to the media than have the unions. At times unions had no alternative but to take strike action and by means of peaceful picketing put forward their position to the public. This is often the situation today.

This Court has recognized that the dissemination of information was an important aspect of strikes. See *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. In that case McIntyre J. noted that peaceful picketing falls within scope of freedom of expression protected by s. 2(b) of the *Charter*. At page 588 he wrote:

There is, as I have earlier said, always some element of expression in picketing. The union is making a state-

plus les cours comme des arbitres impartiaux, mais comme les instruments utilisés par la société pour imposer des sanctions accablantes aux syndicats et à leurs membres. Dans son jugement dissident, le juge Veit de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 152, a perçu ce danger et elle a, à juste titre, reconnu qu'il serait [TRADUCTION] «peu convenable» pour les cours de recourir à l'outrage criminel dans ces situations.

En outre, dans leur examen de la nature de l'outrage criminel, les cours devraient tenir compte des valeurs consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et, particulièrement, de la protection de la liberté d'expression. L'infraction, il est vrai, vise à combler un besoin perçu de prémunir le public contre un préjudice. Cependant, son libellé ne doit pas être général au point qu'elle menace d'autres valeurs importantes pour la société canadienne. La grève est l'arme ultime des travailleurs. Il arrive fréquemment que le salaire de ces derniers ne représente qu'une partie du conflit. Les conditions de travail ou les pensions, entre autres, peuvent en être les questions fondamentales. La grève est souvent le seul moyen dont disposent les syndiqués pour rendre public et faire valoir le bien-fondé de leur position à l'égard des questions en litige. Il est essentiel que les travailleurs et la direction soient tous les deux en mesure de faire valoir leur position afin que le public comprenne parfaitement les questions et puisse opter pour la partie qui mérite son appui. De tout temps, à ce chapitre, la direction a eu accès beaucoup plus facilement aux médias que les syndicats. À certains moments, ceux-ci n'avaient d'autre choix que de déclencher une grève et de faire connaître leur position au public au moyen d'un piquetage pacifique. C'est souvent le cas aujourd'hui.

Notre Cour a reconnu que la diffusion de l'information était un aspect important des grèves. Voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. Dans cet arrêt, le juge McIntyre a souligné que le piquetage pacifique relève de la liberté d'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*. Il écrit à la p. 588:

Le piquetage, je le répète, comporte toujours un élément d'expression. Le syndicat informe le grand public qu'il

ment to the general public that it is involved in a dispute, that it is seeking to impose its will on the object of the picketing, and that it solicits the assistance of the public in honouring the picket line.

It must be remembered that members of the public have a right to know and understand the issues involved in a strike. A major strike is bound to have a significant, and usually aggravating, effect on members of the public. It is the public which needs information about the circumstances of the dispute. It is primarily through the media coverage that the public will be able to learn of the issues and of the positions taken by management and labour. Frequent use of criminal contempt could well have the effect of restricting the union's ability to set out its position to the media. If publicity is chosen as the element which transforms civil into criminal contempt, then it will often deny the public as "listeners" access to this important information.

(d) *Alternate Remedies*

It is clear that alternate methods were available for enforcing the compliance of the provisions of the Labour Relations Board order. First the defiance of the court order automatically invokes liability for civil contempt. Rule 704(1) of the Alberta *Rules of Court* provides:

704. (1) Every person in civil contempt is liable to any one or more of the following:

- (a) imprisonment until he has purged his contempt;
- (b) imprisonment for one year;
- (c) a fine of \$1,000 and in default of payment thereof, to imprisonment for one year.

Although the fines are limited, to \$1000 a day, nevertheless that fine on a daily basis imposed upon an individual with a prospective jail term if it is not paid, must have a deterrent effect.

More importantly, the *Labour Relations Act* provides a code for the labour management relations and the resolution of disputes in that field. Particu-

est impliqué dans un conflit de travail, qu'il cherche à imposer sa volonté à l'entreprise qui fait l'objet du piquetage et qu'il demande aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage.

^a Rappelons-nous que le public a le droit de connaître et de comprendre les questions en cause dans une grève. Une grève importante aura inévitablement sur le public une conséquence grave et généralement désagréable. C'est le public qui a besoin d'être informé sur les causes du conflit. Et c'est principalement avec l'aide de la couverture médiatique qu'il pourra prendre connaissance des questions et des positions adoptées de part et d'autre. L'utilisation fréquente de l'outrage criminel risque fort de rendre la tâche difficile au syndicat qui souhaite expliquer sa position aux médias. Si, en raison de la publicité, l'outrage civil devient criminel, on refusera ainsi fréquemment au public, comme «auditeur», l'accès à cette importante information.

d) *Autres recours*

^e De toute évidence, il existait d'autres moyens de faire respecter les dispositions de l'ordonnance de la Commission. En premier lieu, la transgression d'une ordonnance de la cour rend automatiquement coupable d'outrage civil. La règle 704(1) des *Rules of Court* de l'Alberta est ainsi libellée:

[TRADUCTION] **704.** (1) Quiconque se rend coupable d'outrage civil est passible d'une ou plus d'une des peines suivantes:

- ^g a) l'emprisonnement jusqu'à ce qu'il ait fait amende honorable;
- b) une peine d'emprisonnement d'un an;
- ^h c) une amende de 1 000 \$ et, à défaut de paiement, une peine d'emprisonnement d'un an.

ⁱ Bien qu'elle soit limitée à 1 000 \$ par jour, l'amende infligée quotidiennement et assortie d'une peine d'emprisonnement éventuelle à défaut de paiement doit tout de même avoir un effet dissuasif.

^j Encore plus important, la *Labour Relations Act*, prévoit un code pour les relations du travail et pour le règlement des conflits dans ce domaine. Particu-

larly it provides penalties for a violation of Board orders in these terms:

153 Any employer, employee or other person who

(a) contravenes or fails to comply with an order, decision, notice, declaration or directive of the Board,

is guilty of an offence.

154(1) Any employer, employers' organization or employer on whose behalf an employers' organization bargains collectively who commences or causes a lock-out contrary to this Act is guilty of an offence and liable to a fine not exceeding \$1000 for each day that the lock-out continues.

(2) Any person not referred to in subsection (1) who commences, causes or consents to a lockout contrary to this Act is guilty of an offence and liable to a fine not exceeding \$10 000.

155(1) Any trade union that causes a strike contrary to this Act is guilty of an offence and liable to a fine not exceeding \$1000 for each day that the strike continues.

(2) Any officer or representative of a trade union who strikes or causes or consents to a strike contrary to this Act is guilty of an offence and liable to a fine not exceeding \$10 000.

156 Subject to section 154 or 155, any person, employee, employer, employers' organization or trade union who contravenes or fails to comply with any provision of this Act or of any decision, order, directive, declaration or ruling made by the Board under this Act, is guilty of an offence and liable

(a) in the case of a corporation, employers' organization or trade union, to a fine not exceeding \$10 000, or

(b) in the case of an individual, to a fine not exceeding \$5000.

157 No prosecution for an offence referred to in this Act shall be commenced without the consent in writing of the Minister.

lièrement, elle prévoit des sanctions pour la violation d'ordonnances de la Commission:

[TRADUCTION] **153** Commet une infraction tout employeur, employé ou autre personne qui

a) enfreint ou fait défaut de respecter une ordonnance, une décision, un avis, une déclaration ou une directive de la Commission;

b

154(1) Commet une infraction et est passible d'une amende maximale de 1 000 \$ pour chaque jour que le lock-out se poursuit tout employeur, association patronale ou employeur pour le compte duquel une association patronale négocie collectivement qui commence ou provoque un lock-out en contravention de la présente loi.

d

(2) Commet une infraction et est passible d'une amende maximale de 10 000 \$ quiconque, non visé au paragraphe (1), commence, provoque un lock-out ou y consent en contravention de la présente loi.

e

155(1) Commet une infraction et est passible d'une amende maximale de 1 000 \$ pour chaque jour que cette grève persiste tout syndicat qui provoque une grève en contravention de la présente loi.

f

(2) Commet une infraction et est passible d'une amende maximale de 10 000 \$ tout dirigeant ou représentant d'un syndicat qui provoque une grève, y participe ou y consent en contravention de la présente loi.

g

156 Sous réserve des articles 154 ou 155, commet une infraction toute personne, tout employé, employeur, toute association patronale ou tout syndicat qui enfreint ou fait défaut de respecter une disposition de la présente loi, ou une décision, ordonnance, directive, déclaration ou jugement rendu par la Commission en vertu de la présente loi et est passible

a) s'il s'agit d'une personne morale, d'une association patronale ou d'un syndicat, d'une amende maximale de 10 000 \$;

b) s'il s'agit d'une personne physique, d'une amende maximale de 5 000 \$.

157 Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction mentionnée à la présente loi sans l'autorisation écrite du ministre.

These provisions clearly indicate that the legislators turned their minds to the issue of enforcement of board directives. They designed a comprehensive and balanced scheme to deal with any infringement of orders. Ceilings are fixed on the amount of the fines that may be levied by these sections. This suggests that the imposition of huge fines in labour disputes such as the \$400,000 fine in the case at bar is contrary to the intent of the *Labour Relations Act*. The use of criminal contempt proceedings and the imposition of such crushing penalties are inappropriate except in circumstances of violence or threats of serious violence. The concerns voiced by the respondent that, without the criminal contempt power, the courts and labour boards will have difficulty enforcing their orders and that respect for the rule of law will be threatened are, in my view, groundless in light of the effective alternate remedies that were available.

Application to the Case at Bar

When the United Nurses of Alberta went on strike in January, 1988 the union was without doubt in defiance of a directive of the Labour Relations Board. As a result it could very properly have had imposed upon it the penalties provided by either the *Labour Relations Act* or those provided for civil contempt but no more than that. As a strike of hospital employees it was inevitable that it would receive a great deal of media coverage. On the first day of the strike Margaret Ethier, the president of the union, gave a news conference in response to requests from the media for a public statement. She used the press conference to publicize the grievances of the union. She took the opportunity to inform Albertans that emergency services would not be affected by the nurses' action. She did not volunteer the fact that the union was in defiance of the Board's order which had already been filed with the court. Rather, she addressed that issue reluctantly and only in response to direct questions from reporters. It is of importance that the nature of the interview be set out:

Ces dispositions indiquent clairement que le législateur a porté son attention sur la question de l'exécution des directives de la Commission. Il a conçu un régime complet et équilibré pour répondre à toute violation d'ordonnances. On a établi des plafonds aux amendes qui peuvent être infligées en vertu de ces articles. On laisse ainsi entendre que l'imposition d'amendes exorbitantes lors de conflits de travail, comme celle de 400 000 \$ en l'espèce, est contraire à l'intention de la *Labour Relations Act*. Le recours à des procédures en matière d'outrage criminel et l'imposition de sanctions aussi accablantes ne sont appropriés que dans les cas de violence ou de menaces de violence grave. Étant donné l'existence d'autres recours, les préoccupations exprimées par l'intimé, savoir que sans un pouvoir de punir pour outrage criminel, les cours et les commissions des relations de travail pourront difficilement faire exécuter leurs ordonnances et que le respect de la primauté du droit sera ébranlé sont, à mon avis, sans fondement.

Application à l'espèce

Lorsqu'il a déclenché une grève en janvier 1988, United Nurses of Alberta transgressait manifestement une directive de la Commission. En conséquence, celle-ci aurait très bien pu lui infliger les sanctions prévues à la *Labour Relations Act* ou celles prévues dans le cas d'outrage civil, sans plus. Déclenchée par des employés d'hôpital, cette grève ne pouvait que recevoir une énorme couverture médiatique. Le premier jour, Margaret Ethier, présidente du syndicat, a donné une conférence de presse à l'intention des médias qui demandaient une déclaration publique. Elle a utilisé la conférence de presse pour rendre publiques les demandes du syndicat. Elle a saisi cette occasion pour informer les Albertains que la grève des infirmiers et infirmières n'affecterait pas les services d'urgence. Elle n'a pas parlé spontanément du fait que le syndicat transgressait l'ordonnance rendue par la Commission et déjà déposée à la cour. Au contraire, elle a abordé ce sujet à contrecœur et en réponse seulement à des questions directes des journalistes. Il est important d'exposer la nature de l'interview:

[TRADUCTION]

- Ethier Well, I think perhaps if money is the measure by which we're we, value by which we are measured in the society, that too—but I think there's more to it than that—a matter of respect in the way that we are treated in our working conditions and also I suspect with these latest laws and threats that they have been doing to our members—and not just in the labour relation boards hearings and the court orders that are coming at us now. But we had threats from hearing all of these little threats out their anyway that police are going to come and get them. That as soon as they walk out that door, they are going to take away their nursing license—those kinds of things.
- Reporter #1 So do you get respect from people by breaking the laws of the province?
- Ethier I don't know.
- . . .
- Reporter #1 So, and you're breaking the laws of the province and threatening the lives of the people that are in the hospitals so that you can put more money in your pocket? Is that what's going on here?
- Ethier Well we're not responsible for the patients in the hospital while we're on strike. Nurses are responsible for the patients that are assigned to them during their shift. And I think that people tend to forget that and it is quite natural to blame the worker when the service is renewed. But the hospital management is responsible for the patients— 24 hour basis and the government is essentially responsible for providing health care. That's all I can say.
- Reporter #1 Will you respond today's LRB directive?
- Ethier What's the directive today?
- Reporter #2 That you go back to work?
- Ethier Bien, je pense que si l'argent est la mesure, la valeur en vertu de laquelle nous sommes évalués dans notre société, et aussi [...] mais je pense qu'il y a plus que cela [...] c'est une question de respect dans la façon dont nous sommes traités dans nos conditions de travail et je soupçonne également, avec les récentes lois adoptées et les menaces proférées à l'endroit de nos membres [...] et non seulement dans les audiences de la Commission et les ordonnances de la cour dont nous faisons maintenant l'objet. Mais nous avons reçu des menaces, toutes les petites menaces formulées de toute façon, que la police viendra les arrêter. Que dès qu'ils sortiront, ils leur enlèveront leur permis d'infirmiers et d'infirmières [...] ce genre de chose.
- Journaliste #1 Alors gagnez-vous le respect des gens en violant les lois provinciales?
- Ethier Je ne sais pas.
- . . .
- Journaliste #1 Donc, vous violez les lois provinciales et vous menacez la vie des personnes hospitalisées pour mettre plus d'argent dans vos poches? Est-ce cela?
- Ethier Bien, nous ne sommes pas responsables des patients pendant la grève. Les infirmiers et infirmières sont responsables des patients qui leur sont assignés pendant leur journée de travail. Et je crois que les gens ont tendance à oublier cela, et il est tout à fait normal de blâmer les travailleurs lorsque le service est rétabli. Mais la direction de l'hôpital est responsable des patients 24 heures sur 24, et il incombe essentiellement au gouvernement de fournir les services de santé. C'est tout ce que je peux dire.
- Journaliste #1 Obéirez-vous à la directive rendue par la Commission aujourd'hui?
- Ethier Quelle est-elle?
- Journaliste #2 Que vous retourniez au travail.

- Ethier Well, I guess you will have to look at our picket lines for that response.
- Ethier Bien, j'imagine que vous devrez regarder nos lignes de piquetage pour obtenir une réponse.
- Reporter #2 The Province's hinted that hopefully events over quote the next few hours will convince the nurses to go back to the bargaining table. It sounds like there is action planned. Number 1: one I've heard is an interim injunction to end the strike immediately. How do you react to that?
- Journaliste #2 La province a insinué qu'elle espère que les événements des prochaines heures convainqueront les infirmiers et infirmières de retourner à la table des négociations. On semble avoir prévu une action. Premièrement: l'une d'elle, j'ai ouï-dire, est une injonction provisoire qui mettrait fin à la grève immédiatement. Qu'en pensez-vous?
- Ethier Our policy in whatever direction from our membership is what we will be following is that the strike will continue until such time that a settlement is reached.
- Ethier Nous avons pour politique de suivre les directives de nos membres quelles qu'elles soient, soit de continuer la grève jusqu'à ce qu'il y ait un règlement.
- Reporter #2 So the interim injunction doesn't mean anything to you?
- Journaliste #2 Alors l'injonction provisoire ne signifie rien à vos yeux?
- Ethier Well if you look at it this way, we are trying to run a business here, we're having a private dispute with our employer. About our wages and working conditions And the strike will be continuing till such time there is an appropriate settlement. That's why we've gone on strike. And that's what our members have said as well. There's a variety of threats out there against us, and contempt and jail sentences and all of these things, and they are now making application for injunctions that are at three provincial hospitals.
- Ethier Si vous le prenez ainsi, nous essayons de faire notre travail, un conflit de nature privée nous oppose à notre employeur. Il porte sur les salaires et sur les conditions de travail, et la grève se poursuivra jusqu'à ce qu'on obtienne un règlement satisfaisant. C'est pourquoi nous avons déclenché une grève. Et c'est aussi ce que nos membres ont dit. Différentes menaces d'outrage, de peines d'emprisonnement et ainsi de suite, pèsent contre nous, et ils demandent maintenant des injonctions contre trois hôpitaux provinciaux.
- The reason we are going on strike is for an improved offer and an appropriate settlement so it would be pointless to go back simply because (word missing) had something else, get the army after us, I don't know. But that's our position that's the members' position. There're out there, they're going to be our [sic] there. The thing that will get our members back to work, and the only thing that will get them back to work is an appropriate settlement.
- Ethier Nous faisons la grève pour recevoir une meilleure offre et un règlement satisfaisant, alors il serait insensé de retourner au travail simplement parce que (mot manquant) a eu autre chose, mettre l'armée à nos trousses, je ne sais pas. Mais c'est là notre position et celle de nos membres. Ils sont dehors et ils y resteront. Ils ne retourneront au travail que s'ils obtiennent un règlement satisfaisant.
- Reporter #2 So regardless of whatever actions province or the AHA takes you're still steadfast and the membership is that way as well?
- Journaliste #2 Alors peu importe les actions de la province ou de l'AHA, vous demeurez ferme et vos membres aussi?
- Ethier Well I'm not speaking on behalf of myself.
- Ethier Bien, je ne parle pas en mon propre nom.

(And later in the press conference.)

Ethier The Labour Relations Board, the AHA, the Government who is all our employer, they're trying to stop the strike to those legal processes, pressures and threats. We'd like to stop through a settlement and that's how it is going to be stopped so they might as well give up all of this other stuff.

Reporter #16 Margaret, about the law, are you saying in fact that the law's an ass?

Ethier No, I wouldn't say that. I've never looked too much to the law. We've got a business to run; it's a private business dispute, you know it's basically a price war and that's what any strike is about is what price is the employees going to get for their labour? What price will the employer get for their profit? If their profit goes up, employees wages go down in the public sector if the employee's wages and benefits go up the Government funding has to go into it. You're talking about, where is the money coming from? The government's pockets or the nurses' pockets? Eaton's and Simpson's are having a price war, Eaton's doesn't get to call the cops on Simpson's if they figure Simpson's is winning. They don't have laws, you know speaking about the laws, saying Eaton's can advertise and Simpson's can't. You know, I don't think they probably should have. But the necessity of any law whatsoever interfering in collective bargaining or private contractual between employees other than saying the contract should be recognized legally.

It is necessary to set out this long quotation to demonstrate that the conduct of the union leadership in this case was not sufficient to transform the civil contempt into criminal contempt. The element of public injury is missing from the breach of the order. The nurses certainly did not present any threat of violence. Nor did they flaunt their disobe-

(Et plus tard au cours de la conférence de presse.)

[TRANSDUCTION]

Ethier La Commission, l'AHA et le gouvernement, qui est notre employeur à nous tous, tentent de mettre fin à la grève au moyen de procédures légales, de pressions et de menaces. Nous aimerions y mettre fin au moyen d'un règlement, et c'est ainsi qu'elle prendra fin, alors ils peuvent bien laisser tomber le reste.

Journaliste #16 Margaret, au sujet de la loi, êtes-vous en train de dire qu'elle est stupide?

Ethier Non, je ne dirais pas cela. Je ne l'ai jamais vraiment étudiée. Nous avons une tâche à accomplir; c'est un conflit commercial privé, vous savez, c'est essentiellement une guerre de prix, et c'est là-dessus que toute grève porte, soit sur le montant que les employés recevront pour leur travail et sur le prix que les employeurs devront payer pour obtenir leur profit. Si leurs profits augmentent, les salaires des employés diminuent dans le secteur public; si les salaires des employés et leurs avantages augmentent, le financement du gouvernement doit y répondre. Vous parlez de la provenance de l'argent. Les poches du gouvernement ou celles des infirmiers et infirmières? Eaton et Simpson mènent une guerre des prix; Eaton ne fait pas intervenir les policiers auprès de Simpson s'il constate que celui-ci l'emporte. Ils n'ont pas de lois, en parlant de lois, disant qu'Eaton peut faire de la publicité et Simpson ne peut pas. Vous savez, je ne crois pas qu'ils devraient en avoir, mais la nécessité d'une loi quelconque qui intervient dans une négociation collective ou dans un contrat privé entre des employés, autre que, disons, un contrat, devrait être reconnue légalement.

Il est nécessaire de reproduire cette longue citation afin de démontrer qu'à lui seul, le comportement de la direction du syndicat en l'espèce ne suffisait pas à faire de l'outrage civil un outrage criminel. L'élément de préjudice public est absent de la violation de l'ordonnance. Les infirmiers et infirmières ne présentaient certainement pas une

dience of the Board's order. Rather, the diffidence exhibited by Ethier in discussing the matter at the press conference indicates that the union did not intend to bring the administration of justice into a disrepute or hold it up to scorn. The fact that she did not agree to the reporters' characterization of the union position as "the law's an ass" and her reticence throughout the press conference clearly indicate that she was not reckless as to the consequences of publicly demeaning the court. Her remarks to the press were geared to a presentation of the union's negotiating position in the labour dispute and not to the disobedience of the Board's order. The defiance of that order was tangential to the union position.

Certainly the decision to violate the Board's order is repugnant. It left the union open to civil contempt proceedings as well as the penalties provided by the provincial *Labour Relations Act*. Yet those penalties were quite sufficient to punish any union's conduct and discourage any future disobedience of orders. The union's action did not merit the invocation of the criminal contempt power.

The United Nurses of Alberta did not seek nor could they avoid press coverage of their defiance of the order. If the publicity which resulted in this case is sufficient to transform civil contempt into criminal contempt, then criminal proceeding for union breaches of orders will become the norm. This would be an unwarranted, unnecessarily heavy-handed intrusion by the courts into the realm of labour relations, a field in which experience, sensitivity and restraint are required to preserve the delicate balance among the rights of management, labour and the community.

I am of the view that criminal contempt proceedings were inappropriate and inapplicable to the situation that presented itself in the case at bar. This is sufficient to resolve the issue. However, there is another basis for allowing the appeal.

menace de violence, pas plus qu'ils n'ont fait étalage de leur désobéissance à l'ordonnance de la Commission. Au contraire, le manque d'assurance dont Ethier a fait preuve à ce sujet à la conférence de presse démontre que le syndicat n'avait pas l'intention de déconsidérer l'administration de la justice ni d'attirer le mépris sur elle. Le fait qu'elle n'ait pas acquiescé lorsque le journaliste a demandé si le syndicat soutenait que [TRADUCTION] «la loi est stupide», et sa réticence tout au long de la conférence de presse démontrent clairement qu'elle n'était pas insouciante quant aux conséquences de discréditer publiquement la cour. Elle a concentré ses commentaires à la presse sur la position de négociation adoptée par le syndicat dans le conflit de travail et non sur la désobéissance à l'ordonnance de la Commission. Cette transgression n'était qu'accessoire à la position du syndicat.

Il va sans dire que la décision de violer l'ordonnance de la Commission est inacceptable. Elle a exposé le syndicat à des procédures en outrage civil et à des sanctions prévues par la *Labour Relations Act* provinciale. Ces sanctions suffisaient tout de même pour punir le comportement d'un syndicat et pour décourager toute désobéissance future. Le geste du syndicat ne justifiait pas le recours au pouvoir de punir pour outrage criminel.

United Nurses of Alberta n'a pas cherché ni n'a pu éviter la couverture médiatique accordée à sa transgression de l'ordonnance. Si cette publicité suffit à transformer l'outrage civil en un outrage criminel, alors les procédures criminelles deviendront la norme lorsque les syndicats violeront des ordonnances. Il s'agirait là d'une intrusion injustifiée et inutilement grave des cours dans le domaine des relations du travail, lequel requiert de l'expérience, de la sensibilité et une certaine réserve afin de préserver l'équilibre fragile entre les droits de la direction, des travailleurs et de la collectivité.

Je suis d'avis qu'en l'espèce, les procédures en matière d'outrage criminel étaient injustifiées et inapplicables. La question est, de ce fait, tranchée. Toutefois, un deuxième motif permet d'accueillir le pourvoi.

The Defendant's Right to Cross-Examine

A criminal contempt hearing is held as a summary proceeding and the evidence against the defendant may be adduced in affidavit form. This procedure does not, of itself, violate the s. 7 Charter rights of the accused to a fair trial so long as the court conducts the hearing in accordance with the principles of fundamental justice. Fundamental justice includes the right to cross-examination on the affidavit evidence adduced in the hearing: see *R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas* (1987), 32 C.C.C. (3d) 417 (Ont. C.A.), at p. 422. This approach is in accordance with the holding of this Court that any party who is the subject of criminal proceedings has the right to cross-examine witnesses on their testimony: see *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 543.

The right of the accused to cross-examine on the affidavit evidence need not extend to irrelevant matters. The court may disallow a particular question, or series of questions, as irrelevant to the issues in dispute. The question of relevance, however, should not as a general rule be determined in advance. This Court has held that the right to cross-examination should exist without preconditions: see *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1464-65.

In the case at bar Sinclair J. placed preconditions on the right of the union's counsel to cross-examine witnesses on their affidavits. He refused to allow the calling of certain witnesses on the grounds that the accused could not in advance justify questions he intended to ask them. Because the evidence adduced against the accused was in affidavit form, cross-examination would have entailed some delay. The rationale for summary proceedings in a criminal contempt hearing is that a degree of urgency exists. That urgency however, does not justify the placing of preconditions on cross-examination. In a criminal contempt hearing the court may act of its own motion. The appearance of fairness and neutrality of the proceedings may be damaged, therefore, by the court's exercising preemptive control over the conduct of the defence.

Le droit du défendeur de contre-interroger

L'audience pour outrage criminel est une procédure sommaire, et la preuve contre le défendeur peut être présentée sous forme d'affidavit. Cette procédure ne viole pas, en soi, le droit de l'accusé à un procès équitable, garanti par l'art. 7 de la Charte, dans la mesure où la cour tient l'audience en conformité avec les principes de justice fondamentale. Celle-ci inclut le droit de contre-interroger sur la preuve présentée par affidavit à l'audience: voir *R. c. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas* (1987), 32 C.C.C. (3d) 417 (C.A. Ont.), à la p. 422. Ce principe est conforme à la conclusion de notre Cour selon laquelle la partie qui subit des procédures criminelles a le droit de contre-interroger les témoins: voir *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 543.

Le droit de l'accusé de contre-interroger sur la preuve présentée par affidavit ne peut s'étendre à des questions non pertinentes. La cour peut rejeter une certaine question, ou une série de questions parce qu'elles ne sont pas pertinentes aux questions en litige. Toutefois, en règle générale, la question de pertinence ne devrait pas être tranchée préalablement. Notre Cour a conclu que le droit de contre-interroger devrait exister sans conditions préalables: voir *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1464 et 1465.

En l'espèce, le juge Sinclair a imposé des conditions préalables au droit de l'avocat du syndicat de contre-interroger les témoins sur leurs affidavits. Il n'a pas permis le témoignage de certains témoins pour le motif que l'accusé ne pouvait préalablement justifier les questions qu'il entendait poser. Puisque la preuve a été présentée contre l'accusé sous forme d'affidavit, le contre-interrogatoire aurait entraîné un retard. La raison d'être des procédures sommaires dans une audience pour outrage criminel est le degré d'urgence. Toutefois, cette urgence ne justifie pas l'imposition de conditions préalables au contre-interrogatoire. Dans une audience pour outrage criminel, la cour peut agir de sa propre initiative. Si elle exerce un contrôle préventif sur le comportement de la défense, elle risque de porter ainsi atteinte à l'apparence d'équité et d'impartialité de ces procédures.

The right to cross-examine is so fundamentally important to an accused faced with a serious charge that it should not be lightly discarded. Often the importance and significance of a cross-examination will only be revealed as it unfolds. When it is prohibited without any exploration as to its relevance there has been a denial of fundamental justice. In my opinion, Sinclair J. erred in refusing to allow the calling and cross-examination of the witnesses who had submitted sworn affidavits. In those circumstances it would be wrong in principle to apply the curative provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Disposition

I would allow the appeal and set aside the conviction.

The judgment of La Forest, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—In January, 1988, the United Nurses of Alberta went on strike. This was contrary to directives forbidding the strike made under the Alberta *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, c. L-1.1, and filed with the Court of Queen's Bench. The union was found to be in criminal contempt of the orders and fined \$250,000 and \$150,000 on successive motions. The Alberta Court of Appeal dismissed its appeal. The union now appeals to this Court.

The appeal raises the following issues:

1. Does the union possess the status to be found in criminal contempt?
2. Does the offence of criminal contempt violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Pour l'accusé aux prises avec une accusation grave, le droit de contre-interroger est d'une importance tellement fondamentale qu'il ne devrait pas être supprimé à la légère. Fréquemment, l'importance et la signification d'un contre-interrogatoire ne seront révélées que lors de son déroulement. Interdire un contre-interrogatoire sans étudier sa pertinence entraîne un déni de justice fondamentale. À mon avis, le juge Sinclair a commis une erreur en refusant le contre-interrogatoire des témoins ayant soumis des affidavits. Compte tenu de ces circonstances, il serait erroné en principe d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—En janvier 1988, United Nurses of Alberta, a déclenché une grève, contrairement à des directives interdisant la grève données sous le régime de la *Labour Relations Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-1.1, et déposées à la Cour du Banc de la Reine. Le syndicat a été déclaré coupable d'outrage criminel au tribunal pour avoir violé les ordonnances et condamné à des amendes de 250 000 \$ et de 150 000 \$ à la suite de requêtes successives. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté l'appel du syndicat. Celui-ci se pourvoit maintenant contre ce jugement devant notre Cour.

Le pourvoi soulève les questions suivantes:

1. Le syndicat possède-t-il la capacité juridique d'être reconnu coupable d'outrage criminel?
2. L'infraction que constitue l'outrage criminel porte-t-elle atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Can a directive of a provincial board filed in the court give rise to criminal contempt?

4. Did the proceedings violate the *Charter* because the union was not permitted to cross-examine on the affidavits filed by the Crown?

Facts

On January 22, 1988 the Alberta Labour Relations Board declared that the appellant union, the United Nurses of Alberta, had failed to comply with s. 105(3) of the Alberta *Labour Relations Act* (as amended by S.A. 1983, c. 34) by threatening to strike or cause a strike prohibited by the Act. The Board also issued a directive pursuant to s. 142(5) of the Act ordering that the union cease and desist from causing a strike or threatening to strike, that it refrain from conducting a strike vote, and that the union and its officers notify the members of the union of the directive and their obligation to comply. On that same day the members of the union voted to strike, and the following day the union gave notice to the employer of most of the union members, the Alberta Hospital Association (AHA), that it would commence strike action on Monday, January 25, 1988. On Sunday, January 24, the Board declared that the union had breached the directive of January 22, again declared that the union had breached s. 105(3) of the *Labour Relations Act*, and specifically declared that the strike scheduled to commence on Monday morning was illegal. The union was again directed to cease threatening strike action, and was specifically directed not to strike on Monday, January 25. This directive also gave notice to the union that the directives would be filed as an order of the Court of Queen's Bench. The first directive was so filed, pursuant to s. 142(7) of the Act, on January 24, the day before the strike was scheduled to commence. The second directive was filed with the court forthwith. Thus, on January 25, two court orders forbade the union to strike.

The strike began as scheduled on January 25. That afternoon a press conference was held at

3. Une directive émise par une commission provinciale et déposée à la cour peut-elle donner lieu à un outrage criminel?

4. Le syndicat n'ayant pas été autorisé à contre-interroger sur les affidavits déposés par le ministre public, les procédures ont-elles violé la *Charte*?

Les faits

Le 22 janvier 1988, la Labour Relations Board de l'Alberta (la Commission) a déclaré que le syndicat appellant, United Nurses of Alberta, avait enfreint le par. 105(3) de la *Labour Relations Act* de l'Alberta, (modifiée par S.A. 1983, ch. 34), en menaçant de faire la grève ou de provoquer la grève en contravention de la Loi. La Commission a également décerné, en vertu du par. 142(5) de la Loi, une directive sous forme d'ordre de ne pas faire, à l'endroit du syndicat lui ordonnant de ne pas provoquer la grève et de ne pas menacer de faire la grève et lui ordonnant aussi de ne pas prendre un vote de grève et de mettre les membres au courant de la directive et de leur obligation de s'y conformer. Le même jour, les membres du syndicat ont voté en faveur de la grève et, le lendemain, le syndicat a informé l'employeur de la plupart des membres, l'Alberta Hospital Association (AHA), qu'il déclencherait la grève le lundi 25 janvier 1988. Le dimanche 24 janvier, la Commission a déclaré que le syndicat avait passé outre à la directive du 22 janvier, a réitéré qu'il avait violé le par. 105(3) de la *Labour Relations Act* et a précisé que la grève prévue pour le lundi était illégale. Ordre a de nouveau été donné au syndicat de cesser de menacer de faire la grève et, plus précisément, de ne pas entrer en grève le lundi matin 25 janvier. Cette directive précisait également que les directives seraient déposées à titre d'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine. La première a été déposée, conformément au par. 142(7) de la Loi, le 24 janvier, la veille de la date prévue du début de la grève. La deuxième l'a été sur-le-champ. Par conséquent, le 25 janvier, deux ordonnances de la cour interdisaient au syndicat de faire la grève.

La grève a été déclenchée comme prévu le 25 janvier. L'après-midi du même jour, il y a eu

which approximately 30 members of the media were present. While the president of the union, Margaret Ethier, indicated that the union was primarily concerned with achieving an appropriate settlement, she acknowledged the existence of "the court orders that are coming at us now", and when asked whether the union was breaking the laws of the province, answered "Yes, that's correct." When asked whether the possibility of an injunction meant anything, Ethier replied that the strike would be continuing "until such time that a settlement is reached." She indicated that she was aware that "they now have [the cease and desist orders] filed with the court." When questioned further about the illegality of the strike, she declined to agree that "the law's an ass", but continued to say that "I've never looked too much to the law. We've got a business to run; it's a private business dispute"

On January 29 the Attorney General of Alberta filed a notice of motion seeking that the union be held in criminal contempt, and on February 3 the union was found guilty by Sinclair J. and a fine of \$250,000 was levied. A second press conference was held that day, and when the president of the union was asked whether the fact of a conviction would change the union's position in terms of staying off the job, she replied "Well, as I said to you before we are prepared to go back any time we have an appropriate settlement and from the response of the AHA we don't have one." On February 9 a second motion was filed alleging that the strike was continuing, and that the union continued to be in criminal contempt. On February 18 the union was convicted of this second charge of criminal contempt by O'Byrne J. and fined \$150,000.

Analysis

1. *Status of the Union*

The Court of Appeal (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 152, Veit J. dissenting, found that the union possessed the necessary status to be found in criminal

conférence de presse à laquelle ont assisté environ 30 journalistes. La présidente du syndicat, Margaret Ethier, a dit que la principale préoccupation du syndicat était d'obtenir un règlement satisfaisant, mais elle a reconnu l'existence des [TRADUCTION] «ordonnances de la cour dont nous faisons maintenant l'objet» et, lorsqu'on lui a demandé si le syndicat violait les lois provinciales, elle a répondu [TRADUCTION] «Oui, c'est exact». À la question de savoir si la possibilité d'une injonction signifiait quelque chose pour elle, elle a répondu que la grève se poursuivrait [TRADUCTION] «jusqu'à ce qu'il y ait un règlement». Elle a mentionné qu'elle savait que [TRADUCTION] «ils ont maintenant déposé [les ordres de ne pas faire] auprès de la cour». À une autre question concernant l'illégalité de la grève, elle a refusé de dire que [TRADUCTION] «la loi est stupide», mais elle a ajouté [TRADUCTION] «Je ne l'ai jamais vraiment étudiée. Nous avons une tâche à accomplir; c'est un conflit commercial privé . . . ».

Le 29 janvier, le procureur général de l'Alberta a déposé un avis de requête demandant que le syndicat soit accusé d'outrage criminel et, le 3 février, le syndicat a été déclaré coupable par le juge Sinclair et condamné à une amende de 250 000 \$. Il y a eu une seconde conférence de presse à cette date et, lorsqu'on a demandé à la présidente du syndicat si la condamnation changerait la position du syndicat pour ce qui est de l'arrêt de travail, elle a répondu [TRADUCTION] «Et bien, comme je vous l'ai déjà dit, nous sommes prêts à rentrer dès que nous aurons un règlement satisfaisant et, d'après la réaction de l'AHA, nous n'en avons pas.» Le 9 février, une deuxième requête a été déposée au motif que les membres du syndicat étaient toujours en grève et que l'outrage criminel se poursuivait. Le 18 février, le syndicat a été déclaré coupable d'outrage criminel une seconde fois par le juge O'Byrne et condamné à une amende de 150 000 \$.

Analyse

1. *La capacité juridique du syndicat*

La Cour d'appel (1990), 73 Alta. L.R. (2d) 152, le juge Veit étant dissident, a statué que le syndicat possédait la capacité juridique requise pour être

contempt. The union is an unincorporated association. It is recognized under the Alberta *Labour Relations Act* as a bargaining agent and given various powers related to that status.

The question is whether the union may be held liable for a criminal offence at common law, criminal contempt being a common law offence. The cases have held unions responsible for torts and breaches of statute law: see *International Brotherhood of Teamsters v. Therien*, [1960] S.C.R. 265; *International Longshoremen's Association v. Maritime Employers' Association*, [1979] 1 S.C.R. 120. As this Court held in the latter case, at p. 137:

The Locals are legal entities capable of being sued and of being brought before the Court to answer the claims being made herein for an injunction prohibiting the participation in the activities found to constitute an illegal strike.

I see nothing in the authorities to suggest that the general applicability of the law to unions should not extend to the common law offence of contempt. In so far as the common law denied unions legal status, it was to impede the effective enforcement of collective agreements: see *Young v. C.N.R.*, [1931] 1 D.L.R. 645 (P.C.). That notion has long since died. Having been given legal status for collective bargaining purposes, unions now find themselves subject to the responsibilities that go with that right. If they exercise their rights unlawfully, they may be made to answer to the court by all the remedies available to the court, including prosecution for the common law offence of criminal contempt.

I note that unions have been held subject to the law of criminal contempt in a number of cases: *R. v. United Fishermen & Allied Workers Union*, [1968] 2 C.C.C. 257 (B.C.C.A.); *British Columbia Telephone Co. v. Telecommunications Workers Union* (1981), 121 D.L.R. (3d) 326 (B.C.); *New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers*

déclaré coupable d'outrage criminel. Le syndicat n'est pas constituée en personne morale. La *Labour Relations Act* de l'Alberta le reconnaît à titre d'agent négociateur et lui confère divers pouvoirs à ce titre.

La question est de savoir s'il est possible de tenir le syndicat responsable d'une infraction criminelle de common law, catégorie dont fait partie l'outrage criminel. Dans la jurisprudence, des syndicats ont été jugés responsables de délits civils et d'infractions à la législation: voir *International Brotherhood of Teamsters c. Therien*, [1960] R.C.S. 265; *Association internationale des débardeurs c. Association des employeurs maritimes*, [1979] 1 R.C.S. 120. Dans ce dernier arrêt, notre Cour a statué, à la p. 137:

Les sections locales sont des entités juridiques habiles à être poursuivies en justice et à comparaître devant la Cour pour répondre à la demande d'injonction présentée dans le but de leur interdire de participer à des activités qui ont été jugées constituer une grève illégale.

Je ne vois rien dans la jurisprudence qui laisse entendre que l'application générale de la loi aux syndicats ne devrait pas s'étendre à l'infraction de common law qu'est l'outrage au tribunal. Dans la mesure où la common law a refusé la capacité juridique aux syndicats, ce refus visait à gêner l'exécution efficace des conventions collectives: voir *Young c. C.N.R.*, [1931] 1 D.L.R. 645 (C.P.). Cette notion s'est depuis longtemps dissipée. Puisqu'ils ont reçu la capacité juridique aux fins des négociations collectives, les syndicats sont maintenant soumis aux responsabilités qui vont de pair avec ce droit. S'ils exercent un droit illégalement, ils risquent de devoir en répondre devant la cour, qui peut utiliser tous les recours dont elle dispose, dont la poursuite pour l'infraction de common law que constitue l'outrage criminel.

Je remarque que les syndicats ont été assujettis au droit en matière d'outrage criminel au tribunal dans de nombreuses affaires: *R. c. United Fishermen & Allied Workers Union*, [1968] 2 C.C.C. 257 (C.A.C.-B.); *British Columbia Telephone Co. c. Telecommunications Workers Union* (1981), 121 D.L.R. (3d) 326 (C.-B.); *New Brunswick Electric Power Commission c. International Brotherhood*

(1977), 16 N.B.R. (2d) 161 (C.A.). It may be noted that in *R. v. United Fishermen & Allied Workers Union*, *supra*, this Court denied leave to appeal with reasons, the principal one being that the Court of Appeal had properly rejected the union's arguments, including an argument identical to the one at bar, as being "ill-founded": see [1968] S.C.R. 255, at p. 257. I further note that s. 25(1) of the Alberta *Labour Relations Act* provides in general terms that a trade union is capable of prosecuting and being prosecuted.

The union argues that while the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, includes "societies" in its definition of "person", the union is not a society because it is not so defined under the Alberta *Societies Act*, R.S.A. 1980, c. S-18. This argument depends on defining "societies" in the *Code* as limited to those entities recognized by provincial legislation. It also assumes that the definition of society in the Alberta Act is exhaustive. In fact, it is not. Section 1(c), provides that "In this Act . . . (c) 'society' means a society incorporated under this Act". This clearly implies that there may exist societies which are not incorporated under the Act. Thus it appears that the union may be a "society" under the *Code*. If the union may be prosecuted for a criminal offence under the *Code*, there appears to be little basis for suggesting that it cannot be prosecuted for a criminal offence at common law.

2. *The Constitutionality of the Law of Criminal Contempt*

It is argued that the offence of criminal contempt violates s. 7 of the *Charter* because it is not codified and is vague and arbitrary. Sections 11(a) and 11(g) of the *Charter* are also raised. Section 7 of the *Charter* provides:

of Electrical Workers (1977), 16 R.N.-B. (2d) 161 (C.A.). Il convient de signaler que dans l'affaire *R. c. United Fishermen & Allied Workers Union*, précitée, notre Cour a refusé l'autorisation de pourvoi en donnant principalement comme raison que la Cour d'appel avait, à juste titre, rejeté comme étant [TRADUCTION] «mal fondées» les prétentions du syndicat, y compris une qui était identique à celle qui est avancée en l'espèce: voir [1968] R.C.S. 255, à la p. 257. Je tiens à signaler également que le par. 25(1) de la *Labour Relations Act* de l'Alberta dispose en termes généraux qu'un syndicat peut poursuivre ou être poursuivi en justice.

Le syndicat soutient que, bien que le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, inclue les «sociétés» dans sa définition de «personne», lui-même n'est pas une société puisque ce terme reçoit une définition différente dans la *Societies Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. S-18. Selon cette prétention le terme «sociétés» dans le *Code* se limite aux entités reconnues par la législation provinciale. Cette prétention tient également pour acquis que la définition de société dans la loi de l'Alberta est exhaustive. Or, elle ne l'est pas. L'alinéa 1c) porte que «[TRADUCTION] Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi. [. . .] «Société» Une société constituée en personne morale en vertu de la présente loi.» Cette définition implique, de toute évidence, que certaines sociétés peuvent exister sans être constituées sous le régime de la Loi. Par conséquent, il m'apparaît que le syndicat peut être une «société» aux termes du *Code*. S'il est possible de poursuivre le syndicat pour une infraction criminelle en vertu du *Code*, il ne semble pas justifié de prétendre qu'il ne peut être poursuivi pour une infraction criminelle de common law.

2. *La constitutionnalité du droit en matière d'outrage criminel*

On soutient que l'infraction d'outrage criminel viole l'art. 7 de la *Charte* au motif qu'elle n'est pas codifiée et qu'elle est vague et arbitraire. Les alinéas 11a) et 11g) de la *Charte* sont également invoqués. Voici le texte de l'art. 7 de la *Charte*:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

There is no doubt that criminal contempt may result in imprisonment, constituting a denial of liberty. Assuming for the purposes of this appeal that the *Charter* is applicable, (see comments of Dickson C.J. in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at pp. 243-44) the only issue is whether it effects this denial in accordance with the fundamental principles of justice.

The union's first position is that all uncodified common law crimes are unconstitutional. It is a fundamental principle of justice, it submits, that all crimes must be codified. Criminal contempt, although mentioned in s. 9 of the *Code*, is not codified, both its *actus reus* and *mens rea* being defined at common law.

We were referred to no authority in support of the proposition that fundamental justice requires codification of all crimes. The union cites the principle that there must be no crime or punishment except in accordance with fixed, pre-determined law. But the absence of codification does not mean that a law violates this principle. For many centuries, most of our crimes were uncodified and were not viewed as violating this fundamental rule. Nor, conversely, is codification a guarantee that all is made manifest in the *Code*. Definition of elements of codified crimes not infrequently requires recourse to common law concepts: see *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, where the majority of this Court, *per* Gonthier J., noted the important role the common law continues to play in the criminal law. The union also relies on the fact that this Court has said it is for Parliament, not the courts, to create new offences: *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, s. 9 of the *Code*. But this does not mean that the courts should refuse to recognize the common law crime of contempt of court which pre-dated codification and which is expressly preserved by s. 9 of the *Code*. I conclude that lack of

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

De toute évidence, l'outrage criminel risque d'entraîner l'emprisonnement, qui constitue une atteinte à la liberté. À supposer, aux fins du présent pourvoi, que la *Charte* s'applique (voir les observations du juge en chef Dickson dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, aux pp. 243 et 244), l'unique question est de savoir si cette atteinte est portée en conformité avec les principes de justice fondamentale.

En premier lieu, le syndicat soutient que tous les crimes de common law non codifiés sont inconstitutionnels. Selon un principe fondamental de justice, prétend-il, tous les crimes doivent être prévus dans un code. L'outrage criminel au tribunal, bien que mentionné à l'art. 9 du *Code*, n'est pas codifié, tant son *actus reus* que sa *mens rea* étant définis en common law.

Aucune jurisprudence ne nous a été soumise pour étayer la prétention selon laquelle la justice fondamentale requiert la codification de tous les crimes. Le syndicat invoque le principe selon lequel tous les crimes et toutes les sanctions ne peuvent être créés qu'en conformité avec un droit établi et déterminé d'avance. Mais une loi non codifiée ne porte pas nécessairement atteinte à ce principe. Pendant des siècles, la plupart de nos crimes n'étaient pas codifiés et n'étaient pas perçus comme constituant une violation de cette règle fondamentale. Et, réciproquement, une codification n'apporte pas la garantie que tout est prévu dans le *Code*; la détermination de certains éléments de crimes codifiés nécessite fréquemment le recours aux notions de common law: voir l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, dans lequel le juge Gonthier au nom de notre Cour signale le rôle important que la common law continue à jouer en droit criminel. Le syndicat s'appuie également sur la conclusion de notre Cour selon laquelle il appartient au législateur et non au tribunaux de créer de nouvelles infractions: *Frey v. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; art. 9 du *Code*. Mais cela ne signifie

codification in itself does not render the common law crime of criminal contempt of court unconstitutional.

The next argument is that the crime of criminal contempt is so vague and difficult to apply that it violates the fundamental principle of justice that the law should be fixed, pre-determined and accessible and understandable by the public. This argument focuses on the alleged impossibility of distinguishing between civil and criminal contempt.

It is my view that a clear distinction exists between civil and criminal contempt and that the law of criminal contempt is sufficiently certain to meet the requirements of fundamental justice. The distinction between civil and criminal contempt rests in the concept of public defiance that accompanies criminal contempt.

Both civil and criminal contempt of court rest on the power of the court to uphold its dignity and process. The rule of law is at the heart of our society; without it there can be neither peace, nor order nor good government. The rule of law is directly dependent on the ability of the courts to enforce their process and maintain their dignity and respect. To maintain their process and respect, courts since the 12th century have exercised the power to punish for contempt of court.

These same courts found it necessary to distinguish between civil and criminal contempt. A person who simply breaches a court order, for example by failing to abide by visiting hours stipulated in a child custody order, is viewed as having committed civil contempt. However, when the element of public defiance of the court's process in a way calculated to lessen societal respect for the courts is added to the breach, it becomes criminal. This distinction emerges from *Poje v. Attorney General*

pas que les tribunaux devraient refuser de reconnaître le crime de common law d'outrage au tribunal, qui a précédé la codification et qui est expressément maintenu à l'art. 9 du *Code*. Je conclus que l'absence de codification comme telle ne rend pas inconstitutionnel le crime de common law qu'est l'outrage criminel au tribunal.

En second lieu, le syndicat soutient que le crime d'outrage criminel est à ce point vague et difficile à appliquer qu'il porte atteinte au principe fondamental de justice selon lequel le droit doit être établi et déterminé d'avance, et doit, pour le public, être accessible et compréhensible. Cette prétention porte principalement sur la prétendue impossibilité d'établir une distinction entre l'outrage civil et l'outrage criminel.

À mon avis, il existe une distinction évidente entre ces deux infractions, et le droit en matière d'outrage criminel est suffisamment déterminé pour respecter les exigences de la justice fondamentale. L'outrage criminel diffère de l'outrage civil en ce qu'il englobe la notion de transgression publique.

Tant l'outrage civil au tribunal que l'outrage criminel au tribunal reposent sur le pouvoir de la cour de maintenir sa dignité et sa procédure. La primauté du droit est le fondement de notre société; sans elle, la paix, l'ordre et le bon gouvernement n'existent pas. La primauté du droit est directement tributaire de la capacité des tribunaux de faire observer leur procédure et de maintenir leur dignité et le respect qui leur est dû. Pour ce faire, les tribunaux ont, depuis le XII^e siècle, exercé le pouvoir de punir pour outrage au tribunal.

Ces mêmes tribunaux ont jugé nécessaire de distinguer l'outrage civil et l'outrage criminel. La personne qui viole simplement une ordonnance de la cour, par son omission de respecter les heures de visite prévues dans une ordonnance de garde d'enfant, par exemple, est considérée avoir commis un outrage civil. Toutefois, si la violation est accompagnée d'un élément de transgression publique de la procédure du tribunal qui vise à amoindrir le respect que la société a envers les tribunaux, l'ou-

for *British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516, at p. 527, per Kellock J.:

The context in which these incidents occurred, the large numbers of men involved and the public nature of the defiance of the order of the court transfer the conduct here in question from the realm of a mere civil contempt, such as an ordinary breach of injunction with respect to private rights in a patent or trade-mark, for example, into the realm of a public depreciation of the authority of the court tending to bring the administration of justice into scorn. [Emphasis added.]

What the courts have fastened on in this and other cases where criminal contempt has been found is the concept of public defiance that “transcends the limits of any dispute between particular litigants and constitutes an affront to the administration of justice as a whole”: *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, *supra*, at p. 237, per Dickson C.J., Lamer, Wilson, La Forest, and L’Heureux-Dubé JJ. concurring. The gravamen of the offence is not actual or threatened injury to persons or property; other offences deal with those evils. The gravamen of the offence is rather the open, continuous and flagrant violation of a court order without regard for the effect that may have on the respect accorded to edicts of the court.

The trial judges on the motions giving rise to this appeal focused on these concepts of public disobedience and public defiance. Sinclair J., after quoting from *Poje* stated:

... the public disobedience of a Court order is a criminal contempt because it involves a public challenge to the Court’s authority. [Emphasis added.]

O’Byrne J. identified the same element of public disobedience and public defiance:

The disobedience of the order was public, indeed it was notorious. The union knew of the previous conviction and the penalty imposed. Their actions constitute an

trage devient criminel. C’est ce qui ressort de l’arrêt *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516, à la p. 527, où le juge Kellock affirme:

[TRADUCTION] Le contexte dans lequel ces incidents se sont produits, le nombre important d’hommes en cause et la nature publique de la transgression de l’ordonnance de la cour déplace le comportement en question en l’espèce du domaine de l’outrage civil, dont fait notamment partie la simple violation d’une injonction accordée à l’égard de droits privés dans un brevet ou dans une marque de commerce, pour l’inscrire dans le domaine de la déconsidération publique de l’autorité de la cour qui tend à discréditer l’administration de la justice. [Je souligne.]

Dans cette affaire, comme dans d’autres cas où on avait conclu à l’outrage criminel, les cours ont porté leur attention sur la notion de transgression publique qui «transcende les limites d’un différend entre les parties au litige et représente une atteinte à l’administration de la justice dans son ensemble»: *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, précité, à la p. 237, le juge en chef Dickson, avec l’appui des juges Lamer, Wilson, La Forest et L’Heureux-Dubé. L’essence de l’infraction n’est pas un préjudice réel ou potentiel à des personnes ou des biens; d’autres infractions traitent de ces cas. C’est plutôt la violation manifeste, constante et flagrante d’une ordonnance de la cour sans égard à l’effet que cette violation peut avoir sur le respect dû aux décisions de la cour.

Les juges de première instance ont, sur les requêtes qui ont entraîné ce pourvoi, porté leur attention sur ces notions de désobéissance publique et de transgression publique. Le juge Sinclair, après avoir cité l’arrêt *Poje*, a affirmé:

[TRADUCTION] ... la désobéissance publique à une ordonnance de la cour constitue un outrage criminel parce qu’elle conteste publiquement l’autorité de la cour. [Je souligne.]

Le juge O’Byrne a reconnu le même élément de désobéissance publique et de transgression publique:

[TRADUCTION] La désobéissance à l’ordonnance était publique; en fait, elle était notoire. Le syndicat était au courant de la déclaration antérieure de culpabilité et de

open defiance of the law with full knowledge of the consequences. [Emphasis added.]

To establish criminal contempt the Crown must prove that the accused defied or disobeyed a court order in a public way (the *actus reus*), with intent, knowledge or recklessness as to the fact that the public disobedience will tend to depreciate the authority of the court (the *mens rea*). The Crown must prove these elements beyond a reasonable doubt. As in other criminal offences, however, the necessary *mens rea* may be inferred from the circumstances. An open and public defiance of a court order will tend to depreciate the authority of the court. Therefore when it is clear the accused must have known his or her act of defiance will be public, it may be inferred that he or she was at least reckless as to whether the authority of the court would be brought into contempt. On the other hand, if the circumstances leave a reasonable doubt as to whether the breach was or should be expected to have this public quality, then the necessary *mens rea* would not be present and the accused would be acquitted, even if the matter in fact became public. While publicity is required for the offence, a civil contempt is not converted to a criminal contempt merely because it attracts publicity, as the union contends, but rather because it constitutes a public act of defiance of the court in circumstances where the accused knew, intended or was reckless as to the fact that the act would publicly bring the court into contempt.

In this case there was ample evidence to support the conclusion that the union chose to defy court orders openly and continuously, with full knowledge that its defiance would be widely publicized and, even putting the union's case at its best, it did not care whether this would bring the court into disrepute.

Criminal contempt, thus defined, does not violate the *Charter*. It is neither vague nor arbitrary. A person can predict in advance whether his or her conduct will constitute a crime. The trial judges below had no trouble applying the right test, sug-

la peine infligée. Son comportement constitue une transgression manifeste de la loi, en pleine connaissance des conséquences. [Je souligne.]

Pour démontrer l'outrage criminel, le ministère public doit prouver que l'accusé a transgressé une ordonnance d'un tribunal ou y a désobéi publiquement (*l'actus reus*), tout en voulant que cette désobéissance publique contribue à miner l'autorité de la cour, en le sachant ou sans s'en soucier (*la mens rea*). Le ministère public doit prouver ces éléments hors de tout doute raisonnable. Cependant, comme pour d'autres infractions criminelles, il est possible de déduire des circonstances la *mens rea* requise. Une transgression patente et publique d'une ordonnance de la cour tendra à miner l'autorité de celle-ci. Par conséquent, lorsqu'il ressort de la preuve que l'accusé devait savoir que sa transgression serait publique, il peut être inféré qu'à tout le moins, il ne se souciait pas de savoir s'il y aurait outrage à l'autorité de la cour. D'autre part, si les circonstances laissent planer un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé devait s'attendre ou aurait dû s'attendre à ce que cette violation revête un caractère public, la *mens rea* requise fait alors défaut et l'accusé doit être acquitté, même si l'affaire a en fait été publicisée. Bien que l'infraction doive avoir un caractère public, l'outrage au tribunal ne devient pas criminel du simple fait qu'il attire la publicité, comme le soutient le syndicat, mais plutôt parce qu'il constitue un acte public de transgression à l'égard de la cour dans des circonstances où l'accusé savait que ce comportement porterait publiquement outrage au tribunal, en avait l'intention ou ne s'en souciait pas.

En l'espèce, il y avait une preuve abondante appuyant la conclusion que le syndicat a choisi de braver la cour ouvertement et de façon constante tout en sachant pertinemment que sa transgression recevrait beaucoup de publicité et, même dans le meilleur des cas, qu'il était indifférent au syndicat que cela puisse déconsidérer la cour.

L'outrage criminel, ainsi défini, ne viole pas la *Charte*. Il n'est ni vague ni arbitraire. Il est possible de prédire à l'avance si un comportement constituera un crime. Les juges de première instance n'ont éprouvé aucune difficulté à appliquer le bon

gesting that the concept is capable of application without difficulty. Thus the case that the crime of contempt violates the principles of fundamental justice has not been made out. For the same reasons, violation of s. 11(a) and (g) of the *Charter* is not established, assuming *arguendo* that these provisions are applicable in the circumstances of the case.

3. *Whether a Directive of the Labour Board Filed with the Court Can Found a Citation for Contempt*

The order which forms the basis of the contempt citation was a directive of the Labour Relations Board. It had been registered with the Court of Queen's Bench pursuant to s. 142(7) of the *Labour Relations Act*, which provides:

142. ...

(7) If any directive made by the Board pursuant to subsection (5) or (6) is not complied with, the Board may, on the request of an employer, employers' organization, employee, trade union or other person affected by the directive, file a copy of the directive with the clerk of the Court in the judicial district in which the complaint arose and thereupon the directive is enforceable as a judgment or order of the Court.

The union submits that s. 142(7) violates s. 96 of the *Constitution Act, 1867* which establishes courts under federal jurisdiction. It submits that this constitutes the exercise by a provincial board of powers only exercisable by a s. 96 judge, and conversely, that the s. 96 court in enforcing the board order is trespassing on the field of the provincial legislature.

This type of sharing arrangement is very common. A plethora of legal decisions in our society are made by inferior tribunals, both provincial and federal. Often the legislation provides that they may be registered with a s. 96 court for purposes of enforcement. Sometimes the legislation gives

critère, ce qui laisse supposer que la notion est applicable sans difficulté. Par conséquent, la prétention que le crime d'outrage porte atteinte aux principes de justice fondamentale n'a pas été établie. Pour les mêmes motifs, on n'a démontré aucune violation des al. 11(a) et g) de la *Charte*, en supposant, pour les fins de la discussion, que ces dispositions s'appliquent dans les circonstances de l'espèce.

3. *Une directive de la Commission déposée à la cour peut-elle servir de fondement à une accusation d'outrage?*

L'ordonnance sur laquelle repose l'accusation d'outrage est une directive de la Commission. Elle a été déposée à la Cour du Banc de la Reine, conformément au par. 142(7) de la *Labour Relations Act*, dont voici le libellé:

[TRADUCTION] 142. ...

(7) En cas de violation d'une directive émise par la Commission en conformité avec les paragraphes (5) et (6), la Commission peut, à la demande d'un employeur, d'une association patronale, d'un employé, d'un syndicat ou de toute autre personne visée par la directive, déposer, au greffe de la Cour du district judiciaire dans lequel la plainte a été portée, une copie de la directive, qui est alors exécutoire au même titre qu'un jugement ou une ordonnance de la Cour.

Le syndicat soutient que le par. 142(7) porte atteinte à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, en vertu duquel sont constitués les tribunaux de compétence fédérale. Il allègue que ce paragraphe constitue l'exercice, par une commission créée par une loi provinciale, de compétences qui n'appartiennent qu'à un juge nommé en vertu de l'art. 96 et, réciproquement, qu'en exécutant l'ordonnance rendue par la commission, la cour constituée en vertu de l'art. 96 empiète sur le domaine appartenant à la législation provinciale.

Ce genre d'entente de partage est très fréquent. Dans notre société, de nombreuses décisions juridiques sont rendues par des tribunaux inférieurs, tant provinciaux que fédéraux. La législation prévoit fréquemment que ces décisions peuvent être déposées auprès d'une cour constituée en vertu de

the court the discretion to decline to enforce the order. Sometimes, as here, it does not.

The evil suggested is that s. 142(7) of the *Labour Relations Act* takes away some of the power of federally appointed judges by permitting an inferior tribunal to determine an important element of the offence. The tribunal makes an order prohibiting certain conduct (in this case strike action). That order is then registered in the court. A motion for contempt of court is brought on the ground the order has been violated. The s. 96 judge, barring proceedings for judicial review, must accept the tribunal's order as valid. It remains for the judge to determine whether the Crown has established beyond a reasonable doubt that the accused has breached the directive in a way that amounts to public defiance of the authority of the court and if so, to determine the sentence.

Viewed thus, the question is whether the inability of the judge to inquire into the validity of the order on the contempt proceeding deprives the judge of a responsibility which should rest with a s. 96 court. One way of approaching the problem is to ask whether a judge entertaining a motion for contempt of an order made by a judge of the court, as opposed to an inferior tribunal, would have the power to go behind the order. It would seem not. The validity of the order is not an issue on the contempt hearing. Unless the order has been set aside for want of jurisdiction, the judge hearing the motion on criminal contempt must accept it as valid. While the defence in such case could move to have the order set aside on jurisdictional grounds, the defence on a trial involving an order of an inferior tribunal could make the equivalent motion for judicial review of the order of an administrative tribunal. This suggests that s. 142 takes nothing away from the superior court judge.

l'art. 96 aux fins de leur exécution. À l'occasion, la législation accorde à la cour la faculté de refuser d'exécuter l'ordonnance. Et, comme en l'espèce, il arrive qu'elle ne le fasse pas.

On soutient que le par. 142(7) de la *Labour Relations Act* soutire à tort une partie du pouvoir du juge dont la nomination relève du domaine fédéral en permettant à un tribunal inférieur d'établir un élément important de l'infraction. Le tribunal rend une ordonnance interdisant un certain comportement (en l'espèce une grève). Cette ordonnance est alors déposée à la cour. Une requête en outrage au tribunal est ensuite introduite pour le motif que l'ordonnance a été violée. Sans procédure d'examen judiciaire, le juge nommé en vertu de l'art. 96 doit accepter la validité de l'ordonnance du tribunal. Il appartient au juge de déterminer si le ministère public a démontré hors de tout doute raisonnable que l'accusé a violé la directive d'une manière qui constitue une transgression publique à l'égard de l'autorité de la cour et, dans ce cas, d'infliger la peine.

Ainsi envisagée, la question est de savoir si l'incapacité du juge d'examiner la validité de l'ordonnance lors de la procédure pour outrage au tribunal le dessaisit d'une responsabilité devant appartenir à une cour constituée en vertu de l'art. 96. On peut aborder la question en se demandant si le juge saisi d'une requête pour outrage portant sur une ordonnance rendue par un juge de la cour, et non par un tribunal inférieur, aurait le pouvoir de se prononcer sur la validité de l'ordonnance. Il semblerait que non. La validité de l'ordonnance n'est pas en cause lors de l'audience concernant l'outrage. À moins que l'ordonnance ait été annulée pour défaut de compétence, le juge qui entend la requête pour outrage criminel doit en accepter la validité. Bien que, dans un tel cas, la défense pourrait demander l'annulation de l'ordonnance pour des motifs de compétence, elle pourrait, lors d'un procès mettant en cause une ordonnance rendue par un tribunal inférieur, présenter la demande équivalente d'examen judiciaire visant l'ordonnance d'un tribunal administratif. Cette proposition donne à entendre que l'art. 142 ne diminue en rien le pouvoir du juge d'une cour supérieure.

The union's suggestion that s. 142(7) might insulate the decision of the inferior tribunal from review does not withstand scrutiny. It is true that a directive made without jurisdiction could be registered in the court and a motion for contempt made on the basis of the unrectified order. But this would not insulate the board which made the order from review. In *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, this Court held that a legislature could not insulate the decisions of a provincial tribunal from judicial review, with the result that an affected party can always challenge the directive of the board directly on jurisdictional grounds. I note that the judge hearing the motion for contempt can decline to deal with the matter until the review proceedings are completed, thereby avoiding the danger of a finding of criminal contempt based on an invalid order. In this case, the judge refused the motion to adjourn pending judicial review of the Board's order, but nothing was made of this on appeal.

Another way of looking at the matter is to ask whether s. 142(7) offends because it permits a superior court to enforce orders other than its own. In a sense, the superior court is not merely enforcing the order of the tribunal; it is also finding a criminal offence to have been made out. But accepting that it is merely enforcing the tribunal order, this amounts not to a diminution of the superior court's powers, but rather a grant to it of additional powers. Nor is anything taken from the inferior tribunal which does not have the power of enforcement by contempt.

In fact, resort to courts of inherent jurisdiction to assist in the enforcement of orders of inferior tribunals has a long and respectable history. It has been held that a superior court can protect the inferior court against *ex facie* contempt: *R. v. Parke*, [1903] 2 K.B. 432, *R. v. Davies*, [1906] 1 K.B. 32. The validity of a provision in the Sas-

La prétention du syndicat que le par. 142(7) risque de soustraire la décision du tribunal inférieur à l'examen ne résiste pas à l'étude. Il est vrai qu'une directive émise sans compétence pourrait être déposée à la cour et qu'une requête pour outrage pourrait être soumise, invoquant l'ordonnance non corrigée. Mais cette démarche ne soustrairait pas à l'examen la commission qui a rendu l'ordonnance. Dans l'arrêt *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, notre Cour a statué qu'une législature ne pouvait soustraire les décisions d'un tribunal créé par une province à l'examen judiciaire, ce qui permet dans tous les cas à la partie touchée de contester directement la directive émise par la commission en invoquant des motifs de compétence. Je souligne que le juge qui entend la requête pour outrage peut refuser d'étudier la question jusqu'à ce que la procédure d'examen soit terminée, éliminant ainsi le risque de conclure à un outrage criminel en s'appuyant sur une ordonnance invalide. En l'espèce, le juge a rejeté la requête visant à suspendre l'instance en attendant l'issue de l'examen judiciaire de l'ordonnance de la Commission, mais le présent pourvoi n'en fait aucunement état.

On peut également envisager la question en se demandant si le par. 142(7) choque parce qu'il permet à une cour supérieure d'exécuter des ordonnances autres que les siennes. Dans un sens, la cour supérieure ne se contente pas d'exécuter l'ordonnance du tribunal; elle conclut également qu'on a démontré qu'une infraction criminelle a été commise. Même en admettant qu'elle ne fasse qu'exécuter une ordonnance d'un tribunal, il n'en résulte pas une diminution de ses pouvoirs, mais plutôt une attribution de pouvoirs supplémentaires. De plus, rien n'est retiré au tribunal inférieur, qui n'a pas le pouvoir de condamner pour outrage au tribunal.

En fait, le recours aux cours de compétence inhérente pour faciliter l'exécution d'ordonnances rendues par les tribunaux inférieurs a un passé riche et honorable. On a conclu qu'une cour supérieure peut protéger un tribunal inférieur contre l'outrage *ex facie*: *R. c. Parke*, [1903] 2 K.B. 432, *R. c. Davies*, [1906] 1 K.B. 32. Le Conseil privé a

katchewan *Trade Union Act* making orders of the Board "enforceable as orders of the Court of King's Bench" was upheld by the Privy Council: *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Ironworks, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.).^a Finally, in *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] 1 S.C.R. 112, this Court upheld a provision of the Nova Scotia *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, c. 19, allowing the Labour Relations Board to make cease and desist orders, the penalty for breach of which could be imposed only by the courts. In affirming the constitutionality of this scheme Laskin C.J., for the majority of the Court, held that it was equivalent to an earlier scheme identical to the one at issue in the present case, thus implicitly affirming the constitutionality of a scheme in which orders of the board are filed with the court and are enforceable as orders of the court.

It is also suggested that the effect of the position contended for by the respondent is to enable the province to enact criminal law, a matter reserved to Parliament. I cannot agree. The provision engages the criminal law, just as it may engage the civil contempt power, but it creates neither. It is trite to say that failure to obey an order made by a superior court pursuant to provincial law may give rise, in appropriate circumstances, to a citation for criminal contempt. In such a case we would not say that the provincial law on which the order was based is in any way criminal law even though the criminal contempt power may eventually be engaged. In the present instance, s. 142(7) of the *Labour Relations Act* provides a special mechanism for engaging the court process when the provincial law is administered primarily by an inferior tribunal, rather than by the courts. But the provision does not itself create the criminal (or civil) contempt power, any more than does a provincial law which is administered primarily by the courts. It simply engages the jurisdiction of the superior court (as modified by any provincial law respect-

maintenu la validité d'une disposition de la *Trade Union Act* de la Saskatchewan par laquelle les ordonnances rendues par la commission étaient [TRADUCTION] «exécutoires au même titre que les ordonnances de la Cour du Banc du Roi»: *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Ironworks, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (C.P.). Enfin, dans l'arrêt *Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.)*, [1977] 1 R.C.S. 112, notre Cour a maintenu une disposition de la *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, ch. 19, de la Nouvelle-Écosse, qui permettait à la commission des relations de travail de décerner des ordres de ne pas faire, dont la violation ne pouvait donner lieu qu'à une sanction imposée par les cours de justice. En confirmant la constitutionnalité de ce régime, le juge en chef Laskin, se prononçant au nom de la majorité de la Cour, a conclu qu'il équivalait à un régime antérieur identique à celui en question en l'espèce, ce qui confirme donc implicitement la constitutionnalité d'un régime en vertu duquel les ordonnances de la commission sont déposées à la cour et sont exécutoires au même titre que les ordonnances rendues par celle-ci.

L'appelant soutient également que la prétention de l'intimé a pour effet de permettre à la province d'adopter une loi en matière criminelle, compétence réservée au Parlement. Je ne saurais être d'accord. La disposition fait intervenir le droit criminel tout comme elle est susceptible de faire intervenir le pouvoir de punir pour outrage civil, mais elle ne crée ni l'un ni l'autre. Il est bien établi que le défaut d'obéir à une ordonnance rendue pas une cour supérieure conformément à une loi provinciale peut entraîner, dans des circonstances appropriées, une accusation pour outrage criminel au tribunal. Dans un tel cas, nous ne dirions pas que la loi provinciale sur laquelle est fondée l'ordonnance est, de quelque façon, une loi en matière criminelle, bien qu'éventuellement, le pouvoir de punir pour outrage criminel puisse intervenir. En l'espèce, le par. 142(7) de la *Labour Relations Act* prévoit un mécanisme particulier en vue de mettre le processus judiciaire en marche lorsque la loi provinciale est appliquée essentiellement par un tribunal inférieur, et non par une cour de justice. Mais cette disposition ne crée pas en soi le pouvoir

ing civil contempt and by any federal law regarding criminal contempt) to control the administration of justice through civil and criminal contempt proceedings, as may be required, as well as the court's jurisdiction to lend its authority to support that of inferior courts and other bodies subject to its supervision and control.

de punir pour outrage criminel (ou civil), pas plus que ne le fait une loi provinciale appliquée essentiellement par une cour de justice. Elle fait simplement intervenir le pouvoir de la cour supérieure (modifié par toute loi provinciale régissant l'outrage civil et par toute loi fédérale portant sur l'outrage criminel) de contrôler l'administration de la justice par l'entremise, si nécessaire, de procédures pour outrage civil et criminel, comme elle fait intervenir le pouvoir de la cour d'exercer son autorité au soutien de celle des cours inférieures et d'autres organismes assujettis à sa supervision et à son contrôle.

The distinction between creating the criminal law and engaging it is illustrated by consideration of s. 127 of the *Code*, which makes it an offence to disobey a lawful order made by a court of justice "or by a person or body of persons authorized by any Act to make or give the order". "Act" is defined (in s. 2 of the *Code*) to include "an Act of the legislature of a province". This means it is always a criminal offence to breach an order of a provincial tribunal, even if that tribunal is not authorized by provincial law to file the order as an order of the court. It is clear that the province is not enacting criminal law every time it empowers a tribunal to make orders which may not be filed with the court, even though it is a criminal offence to breach such an order; rather, the province has enacted non-criminal law, which is within its sphere of competence, and Parliament, acting within its sphere, has decided to make it a criminal offence to breach this provincial law. Similarly, the province is not enacting a new criminal law each time it provides that orders of a particular tribunal are to be enforced as a court order. Such a provision is non-criminal law; it is the common law which provides that breach of such an order may, in certain circumstances, be a criminal offence.

La différence entre créer une loi en matière criminelle et la faire intervenir est illustrée par l'examen de l'art. 127 du *Code*, en vertu duquel constitue une infraction la désobéissance à une ordonnance légale donnée par un tribunal judiciaire «ou par une personne ou un corps de personnes autorisé par une loi à donner ou décerner l'ordonnance». Le terme «loi» (à l'art. 2 du *Code*) s'entend «d'une loi provinciale». En ce sens, violer une ordonnance rendue par un tribunal provincial constitue toujours une infraction criminelle, même si ce tribunal n'est pas autorisé par une loi provinciale à déposer l'ordonnance au même titre qu'une ordonnance de la cour. Il est évident que la province n'adopte pas une loi en matière criminelle chaque fois qu'elle donne à un tribunal le pouvoir de rendre des ordonnances qui ne peuvent être déposées auprès de la cour, bien que ce soit une infraction criminelle de violer une telle ordonnance; la province a plutôt adopté, conformément à sa compétence, une loi non criminelle, et le Parlement, agissant lui aussi dans les limites de sa compétence, a choisi de faire de la violation de cette loi provinciale une infraction criminelle. De même, la province n'adopte pas une nouvelle loi en matière criminelle chaque fois qu'elle prévoit l'exécution des ordonnances d'un tribunal particulier au même titre qu'une ordonnance de la cour. Une telle disposition n'est pas de nature criminelle; c'est la common law qui fait de la violation d'une telle ordonnance, dans certaines circonstances, une infraction criminelle.

But, it may be asked, is it right that the order of an inferior tribunal can be given the status of a court order by legislative fiat, leading to the consequence that its breach is elevated from breach of tribunal order to contempt of court? Should the common law offence of criminal contempt be available to protect orders of an inferior tribunal, or should it be restricted to orders actually made by the court? Criminal contempt is a serious offence, it is argued, and one which it is neither necessary nor appropriate to use in a civil labour dispute.

This argument is not one of jurisdiction, but of policy. It questions whether the legislature should enact that breach of a tribunal order is subject to the same consequences as breach of a court order. The power of the legislature to do this cannot be questioned; legislatures routinely make changes in the law which empower or require federally appointed judges to impose certain remedies. Thus the question is one of policy; policy moreover, which can be debated. Against the argument that the contempt power is so serious that it should only be available for breaches of orders actually made by s. 96 judges, can be raised the argument that in reality important portions of our law are administered not by s. 96 judges but by inferior tribunals, and that these decisions, like court decisions, form part of the law and deserve respect and consequently the support of the contempt power. Similarly, against the argument that labour disputes should be settled by civil remedies, can be raised the argument that these disputes, when they threaten public respect for orders of law, transcend private concerns and properly become the subject of criminal remedies, as this Court has held in *Poje, supra*, and *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General), supra*. Whatever the answers to these difficult issues, where the legislature has acted properly within its jurisdiction, it is not open

Mais, peut-on se demander, est-ce à bon droit qu'une ordonnance rendue par un tribunal inférieur peut revêtir le caractère d'une ordonnance d'une cour de justice par autorisation législative, avec pour résultat que la violation d'une ordonnance d'un tribunal devient un outrage au tribunal? Devrait-on pouvoir utiliser l'infraction de common law d'outrage criminel pour protéger les ordonnances des tribunaux inférieurs, ou cette infraction devrait-elle être restreinte aux ordonnances rendues par la cour elle-même? L'outrage criminel est une infraction grave, prétend-on, qu'il n'est ni justifié ni nécessaire d'invoquer lors d'un conflit de travail de nature civile.

Ce moyen porte non pas sur la compétence, mais sur une question de principe. Il soulève la question de savoir si le législateur provincial devrait décréter que la violation d'une ordonnance d'un tribunal est assujettie aux mêmes conséquences que la violation d'une ordonnance d'une cour de justice. Le pouvoir de la législature d'agir ainsi ne peut être mis en doute; les législatures apportent couramment à la loi des modifications qui exigent que les juges nommés par le gouvernement fédéral imposent certaines réparations ou qui leur en donnent le pouvoir. Par conséquent, il s'agit d'une question de principe qui, par ailleurs, peut être contestée. À la prétention que le pouvoir de condamner pour outrage est tellement important qu'il ne devrait être exercé que dans les cas de violation d'ordonnances rendues par les juges nommés en vertu de l'art. 96, on peut opposer la prétention que, en réalité, d'importantes parties de notre droit sont administrées non pas par ces juges, mais par des tribunaux inférieurs, et que ces décisions, comme celles des cours de justice, font partie du droit et méritent le respect et, par conséquent, le soutien qu'offre le pouvoir de condamner pour outrage. De la même façon, à l'encontre de la prétention que les conflits de travail devraient être réglés au moyen de réparations de nature civile, on peut invoquer la prétention que ces conflits, lorsqu'ils risquent de miner le respect du public pour les ordonnances de droit, transcendent les préoccupations d'ordre privé et deviennent à juste titre assujettis à des réparations de nature pénale, comme l'a statué notre Cour dans les arrêts *Poje* et

to the courts to substitute their views on the proper policy of the law for the views of the legislature.

It is true that the legislature must be clear in making such a policy decision, and it is urged that as a matter of construction, s. 142(7) of the *Labour Relations Act* should be read as excluding the remedy of criminal contempt. Two arguments are advanced in support of this proposition. The first is that a directive of the Board which is filed with the court is not thereby converted into a court order, but remains a directive of the Board. The power to punish for criminal contempt, it is said, is available only in relation to orders of a court. Secondly, it is argued that the word "enforceable" engages only the civil contempt power, and not the criminal contempt power, which relates not to enforcement, but to punishment.

Both of these arguments were considered and rejected by the majority of the Ontario Court of Appeal in *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees* (1981), 132 D.L.R. (3d) 270. I agree with Blair J.A.'s analysis and his conclusions. With regard to the first argument, the case law led him to the following conclusion, at p. 286:

These and similar cases simply demonstrate that Board orders are not the same as Court orders; they do not establish that Board orders are any less enforceable by the Court.

On the contrary, all the decisions dealing with similar provisions in labour legislation in Canada establish that where such Board orders are filed with the Court, they have the same force and effect as orders of the Court and disobedience can be punished by contempt and other similar proceedings.

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général), précités. Quelles que soient les réponses à ces questions épineuses, si la législature a agi à bon droit à l'intérieur de sa compétence, il n'appartient pas aux cours de justice de substituer leurs opinions sur le principe juridique approprié à celle de la législature.

Il est vrai que la législature doit être explicite lorsqu'elle prend ainsi une décision de principe, et l'appelant fait valoir que l'on devrait interpréter le par. 142(7) de la *Labour Relations Act* comme excluant le recours à l'outrage criminel. L'appelant fonde cette prétention sur deux arguments. En premier lieu, la directive de la Commission déposée auprès de la cour ne revêt pas de ce fait la nature d'une ordonnance de la cour, mais elle demeure une directive de la Commission. Le pouvoir de punir pour outrage criminel, prétend-on, ne peut être exercé qu'à l'endroit d'ordonnances de la cour. En deuxième lieu, l'appelant prétend que le terme «exécutoire» ne fait intervenir que le pouvoir de punir pour outrage civil, et non pas celui de punir pour outrage criminel, celui-ci ayant trait non pas à l'exécution, mais à la punition.

Ces deux arguments ont été étudiés puis rejetés à la majorité par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees* (1981), 132 D.L.R. (3d) 270. Je souscris à l'analyse et aux conclusions du juge Blair qui, à l'égard du premier argument et compte tenu de la jurisprudence, a conclu ainsi (à la p. 286):

[TRADUCTION] Ces affaires, comme d'autres semblables, établissent simplement qu'il existe une différence entre les ordonnances de la commission et celles de la cour; elles ne démontrent pas que les ordonnances de la commission sont, de quelque façon, moins exécutoires par la cour.

Au contraire, toutes les décisions où il était question de dispositions semblables en matière de relations du travail au Canada démontrent que les ordonnances rendues par la commission et déposées auprès de la cour ont la même force exécutoire que les ordonnances de la cour, et leur inobservation peut être punie au moyen d'une procédure en outrage et d'autres procédures semblables.

In considering the second argument, Blair J.A. stated that at p. 284:

On first impression the interpretation of s. 94 appears to present little difficulty. It provides that a Board order "shall be entered in the same way as a judgment or order" of the Court and "is enforceable as such". The rule is absolute that the words are to be given their plain ordinary meaning in a statute. No dictionary need to be called in aid to demonstrate that the words "enforceable as such" mean that an order of the Labour Relations Board is to be enforced by the Court as if it were an order of the Court.

He also reviewed the legislative history of the provision in question and came to the following conclusion, at pp. 283-84:

The Legislature has . . . evinced a clear intention to establish a method of enforcement of orders of the Board by the Court which was clearly separate from and in addition to the pre-existing provisions for prosecution. The Act now provides two alternative methods of enforcement, either by the exercise of the powers of the Court or by prosecution. There is nothing in the statute or in the legislative history to indicate that one method of enforcement is to be preferred to the other or that one is to be made subservient to the other.

Similarly, while Seaton J.A. in *Citation Industries Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (B.C.C.A.), ventured the view, at pp. 365-66, that the purpose of s. 30 of the British Columbia *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, was to provide for enforcement, not punishment, he went on to confirm that the power of criminal contempt, while not lightly to be used, remains available:

On occasion the enforcement of an order of the Industrial Relations Council will require a finding of contempt and the imposition of punishment. I would not expect such conclusions to be reached often and certainly not lightly. The power to punish for contempt is one that is always exercised with restraint.

That is so with respect to contempt of court orders and I think should be particularly so with respect to con-

Quant au deuxième argument, le juge Blair en a dit ce qui suit, à la p. 284:

[TRADUCTION] À première vue, l'interprétation de l'art. 94 paraît soulever peu de difficulté. Cet article prévoit qu'une ordonnance de la commission est «consignée de la même façon qu'un jugement ou une ordonnance» de la cour et qu'elle «est exécutoire au même titre». Il existe une règle absolue selon laquelle on doit donner aux termes leur sens ordinaire dans une loi. Il est inutile de recourir à un dictionnaire pour établir que les termes «exécutoire au même titre» signifient qu'une ordonnance de la commission des relations de travail doit être exécutée par la cour au même titre qu'une ordonnance de celle-ci.

Il a également examiné l'historique législatif de la disposition en question et il en est arrivé à la conclusion suivante (aux pp. 283 et 284):

[TRADUCTION] La législature a [. . .] démontré l'intention manifeste d'établir une méthode d'exécution, par la Cour, des ordonnances rendues par la commission, méthode qui, manifestement, se distingue des dispositions préexistantes prévoyant des poursuites judiciaires tout en s'ajoutant à elles. La Loi prévoit maintenant deux méthodes d'exécution possibles, soit l'exercice des pouvoirs de la Cour ou les poursuites judiciaires. Rien dans la loi ou dans son historique législatif n'indique qu'une méthode d'exécution doit être privilégiée par rapport à l'autre ou que l'une doit être subordonnée à l'autre.

De la même façon, dans l'affaire *Citation Industries Ltd. c. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1928* (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (C.A.C.-B.), le juge Seaton s'est dit d'avis, aux pp. 365 et 366, que l'art. 30 de l'*Industrial Relations Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 212, visait l'exécution et non une punition, mais il a ensuite confirmé la possibilité de recourir au pouvoir de punir pour outrage criminel, bien que celui-ci ne puisse être utilisé à la légère:

[TRADUCTION] À l'occasion, pour faire exécuter une ordonnance de l'Industrial Relations Council, il faut conclure à l'outrage et infliger une peine. Je ne crois pas qu'une pareille conclusion soit tirée fréquemment, ni, de toute évidence, à la légère. Le pouvoir de punir pour outrage est toujours exercé avec réserve.

Il en est ainsi de l'inobservation des ordonnances de la cour, et je crois qu'il devrait en être de même particu-

tempt of orders that are not court orders but are orders that are deemed to be court orders.

I conclude that s. 142(7) does engage the criminal contempt power, and that in so doing it does not infringe s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

4. *Cross-Examination*

The contempt proceeding is a criminal proceeding, and the full protections availing an accused on a criminal trial are available. This includes the right of cross-examination. However, the right of cross-examination is not unlimited. All cross-examination is subject to the discretion of the judge to refuse irrelevant cross-examination.

On the motion before Sinclair J., the accused was refused the right to cross-examine on certain affidavits, on the ground that it could not establish in advance that the cross-examination would be relevant. It is argued that while the trial judge could have properly exercised his discretion in limiting any irrelevant questioning, he did not have the discretion to exclude the cross-examination altogether on the basis that the accused did not prove beforehand that the intended questions were relevant. Assuming without deciding that this argument is correct, I share the view of Côté J.A. that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, and that s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* applies. Counsel sought to cross-examine with respect to the validity of the board directive, service on union members and sentence. I am satisfied that the verdict would have been the same even if full cross-examination on these matters had been allowed. The validity of the board directive was not in issue, and sufficient service had been made on the union's president in any event. As for sentence, the trial judge left open the possibility that the cross-examination would be allowed if and when it came time to deal with sentencing. When that time came, counsel did not renew his request to cross-examine. I note that s. 686 clearly applies to the case at bar since appeals from conviction of criminal contempt are provided by s. 10(3) of the

lièrement à l'égard de l'inobservation d'ordonnances qui, bien que non rendues par la cour, sont présumées l'être.

Je conclus que le par. 142(7) fait intervenir le pouvoir de punir pour outrage criminel et qu'ainsi, il ne viole pas l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

b 4. *Le contre-interrogatoire*

La procédure pour outrage au tribunal est de nature criminelle et offre toutes les garanties dont peut se prévaloir un accusé lors d'un procès au criminel. Ces garanties incluent le droit de contre-interroger. Toutefois, celui-ci n'est pas illimité. Tout contre-interrogatoire est assujéti au pouvoir discrétionnaire du juge de le refuser s'il n'est pas pertinent.

Lors de l'audition de la requête devant le juge Sinclair, on a refusé à l'accusé le droit de contre-interroger sur certains affidavits au motif qu'il était impossible de déterminer à l'avance si le contre-interrogatoire serait pertinent. On a fait valoir que le juge de première instance aurait pu, à bon droit, exercer son pouvoir discrétionnaire et restreindre toute question non pertinente, mais qu'il n'avait pas le pouvoir discrétionnaire d'interdire complètement le contre-interrogatoire au motif que l'accusé n'avait pas prouvé au préalable que les questions qu'il souhaitait poser étaient pertinentes. À supposer, sans en décider, que cet argument est valable, je souscris à l'opinion du juge Côté de la Cour d'appel qu'il n'y a eu aucun préjudice ou erreur judiciaire grave et que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* s'applique. L'avocat a demandé à contre-interroger quant à la validité de la directive de la Commission, à la signification aux membres du syndicat et à la peine. Je suis convaincue que le verdict aurait été le même s'il y avait eu un contre-interrogatoire complet. La validité de la directive de la Commission n'était pas en litige et la signification au président du syndicat était suffisante de toute façon. Quant à la peine, le juge de première instance a laissé entrevoir la possibilité de permettre le contre-interrogatoire au moment où, le cas échéant, il en serait question. Le temps venu, l'avocat n'a pas renouvelé sa demande

Code which says, *inter alia*, "An appeal under this section lies to the court of appeal of the province in which the proceedings take place, and, for the purposes of this section, the provisions of Part XXI apply, with such modifications as the circumstances require" (emphasis added). Section 686 is found under Part XXI.

Disposition

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the privilege of reading the reasons proposed herein by Justice McLachlin. I cannot, however, agree with the result which she has reached because in my opinion, s. 142(7) of the Alberta *Labour Relations Act*, R.S.A. 1980, c. L-1.1 (the Act) does not convert the directives of the Board into an order of a court of superior jurisdiction so as to attract the power of such a court to punish for criminal contempt.

The Nature of Contempt

The criminal law of contempt must be distinguished from civil contempt. The purpose of criminal contempt was and is punishment for conduct calculated to bring the administration of justice by the courts into disrepute. On the other hand, the purpose of civil contempt is to secure compliance with the process of a tribunal including, but not limited to, the process of a court. See *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, *R. v. Hill* (1976), 73 D.L.R. (3d) 621 (B.C.C.A.), at p. 629, *Poje v. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 S.C.R. 516. A useful summary of the two forms of contempt can be found in *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 319:

Contempts are also classed as civil or criminal. The former are those quasi contempts which consist in the failure to do something which the party is ordered by the court to do for the benefit or advantage of another

de contre-interroger. L'article 686 s'applique manifestement en l'espèce car les appels contre les déclarations de culpabilité d'outrage criminel sont prévus au par. 10(3) du *Code* qui prévoit notamment: «Appel en vertu du présent article peut être interjeté à la cour d'appel de la province où les procédures sont exercées, et, pour l'application du présent article, la partie XXI s'applique, compte tenu des adaptations de circonstances» (je souligne). Or, l'art. 686 se trouve à la partie XXI.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissent)—J'ai eu le privilège de lire les motifs formulés en l'espèce par le juge McLachlin. Je ne peux toutefois souscrire à sa conclusion puisqu'à mon avis, le par. 142(7) de la *Labour Relations Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-1.1 (la Loi), ne transforme pas les directives de la Commission en ordonnances d'une cour de juridiction supérieure de façon à faire intervenir le pouvoir de cette cour de punir l'outrage criminel au tribunal.

La nature de l'outrage

Il importe de distinguer le droit en matière d'outrage criminel de l'outrage civil. L'outrage criminel vise, encore aujourd'hui, à punir la conduite qui, délibérément, déconsidère l'administration de la justice par les cours. D'autre part, l'objectif de l'outrage civil est d'assurer la conformité à la procédure d'un tribunal dont, notamment, celle d'une cour de justice. Voir *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, *R. c. Hill* (1976), 73 D.L.R. (3d) 621 (C.A. C.-B.), à la p. 629, *Poje c. Attorney General for British Columbia*, [1953] 1 R.C.S. 516. Le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990) donne un résumé utile des deux formes d'outrage, à la p. 319:

[TRADUCTION] L'outrage est soit civil soit criminel. Dans le premier cas, il s'agit d'un quasi-outrage qui résulte du défaut, par une partie, d'obéir à une ordonnance que la cour a émise au profit ou à l'avantage de

party to the proceeding before the court, while criminal contempts are acts done in disrespect of the court or its process or which obstruct the administration of justice or tend to bring the court into disrespect. A civil contempt is not an offense against the dignity of the court, but against the party in whose behalf the mandate of the court was issued, and a fine is imposed for his indemnity. But criminal contempts are offenses upon the court such as wilful disobedience of a lawful writ, process, order, rule, or command of court, and a fine or imprisonment is imposed upon the contemnor for the purpose of punishment.

Criminal contempt for conduct *ex facie* the court is generally initiated by the Attorney General while civil contempt proceedings are initiated by a party or person affected by the order sought to be enforced. In order to secure compliance in a proceeding for civil contempt, a court may impose a fine or other penalty which will be exacted in the absence of compliance. However, the object is always compliance and not punishment.

The common law has always jealously restricted the power to punish for criminal contempt. This is particularly true for contempt *ex facie* which was reserved to courts of superior jurisdiction. See *Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission*, [1979] 2 S.C.R. 618. Legislation that purports to extend the criminal contempt power must be strictly construed and the legislation must make it clear that it is to apply to the orders under consideration. See *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees* (1981), 132 D.L.R. (3d) 270 (Ont. C.A.), *Attorney General v. British Broadcasting Corp.*, [1980] 3 All E.R. 161. Moreover, the principle that ambiguity should be resolved in favour of those sought to be punished applies *a fortiori*. It follows from the foregoing that, before jurisdiction to punish for criminal contempt can be found, there must be an act of the court taken in the course of the administration of justice. The alleged contemnor can hardly be said to bring the administration of justice by the courts into disrepute if the order which has

l'autre partie à l'affaire, alors que l'outrage criminel naît d'actes accomplis sans égards pour la cour ou sa procédure, ou qui entravent l'administration de la justice, ou sont susceptibles de discréditer la cour. L'outrage civil ne s'en prend pas à la dignité de la cour, mais plutôt à la partie au nom de laquelle la cour a émis un ordre, ce qui, en guise d'indemnité, entraîne une amende. Par contre, l'outrage criminel est une infraction commise contre la cour, comme la désobéissance délibérée à un bref, une procédure, une ordonnance ou un ordre légitimes de la cour pour lesquels, en guise de sanction, une amende ou une peine d'emprisonnement sont infligées à celui qui s'en rend coupable.

Dans le cas d'outrage criminel au tribunal commis *ex facie*, le procureur général intente généralement les poursuites, alors qu'en matière d'outrage civil, ce rôle revient à une partie ou à une personne visée par l'ordonnance que l'on cherche à faire exécuter. Dans une procédure pour outrage civil, la cour peut, pour assurer la conformité à une ordonnance, infliger une amende ou une autre peine qui sera exigée en cas de violation. Toutefois, dans tous les cas, l'objectif est d'obtenir la conformité et non de punir.

La common law a toujours jalousement restreint le pouvoir de punir pour outrage criminel. Cela est particulièrement vrai pour l'outrage *ex facie* qui est réservé aux cours de juridiction supérieure. Voir *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 618. Les dispositions législatives qui visent à élargir le pouvoir en matière d'outrage criminel doivent être interprétées strictement et elles doivent prévoir clairement leur application aux ordonnances étudiées. Voir *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees* (1981), 132 D.L.R. (3d) 270 (C.A. Ont.), *Attorney General c. British Broadcasting Corp.*, [1980] 3 All E.R. 161. En outre, le principe selon lequel l'ambiguïté doit profiter à ceux que l'on cherche à punir s'applique *a fortiori*. Par conséquent, avant que l'on puisse conclure à la compétence de punir pour outrage criminel, il doit y avoir eu de la part de la cour un acte exercé dans le cours de l'administration de la justice. On peut difficilement dire de celui qui, allègue-t-on, a commis un outrage, qu'il a déconsidéré l'administration de la justice par les cours si l'ordonnance à laquelle il a désobéi n'est, en fait,

been disobeyed is not in fact an order of the court but that of an inferior tribunal.

The Legislation

Section 142 of the Alberta *Labour Relations Act* is found in Division 2 of the Act entitled "Unfair Labour Practices". It provides that a complaint may be made to the Board with respect to an unfair labour practice. The Board may appoint an inquiry officer to inquire into the complaint and endeavour to effect a settlement. If that fails, the Board may inquire into the complaint and if it finds that there has been a breach of the Act, it may issue directives. The directives which the Board may make and which are listed in s. 142(5)(b) are all in the form of civil redress. Subsection (7) provides that if any directive of the Board is not complied with, the Board, on the request of an employer, employee or any other person affected by the directive, may file a copy with the clerk of the court and thereupon the directive is enforceable as a judgment or order of the court. Except for the act of the clerk in receiving the directive, which he or she is obliged to do, there is no intervention by the court. The court has no authority to review or question the validity of the directive nor its filing, and on an application for enforcement, it must accept the order as is. It is true, as my colleague points out, that to the extent that directives of the Board are reviewable in the face of a privative clause, an application to enforce might be adjourned pending such review. Nevertheless, the important fact is that review of the directive is not permitted as a pre-condition to filing but can only be done in appropriate proceedings. It is not overstating the position to characterize the role of the court in the process as a rubber stamp for the order of the Board.

In endeavouring to interpret subs. (7) and, in particular, the phrase "enforceable as a judgment", it is significant that nothing in the section refers to punishment. The whole of the emphasis is on compliance. Moreover, there is a specific part of the Act devoted to punishment. In Part 8 of the Act,

qu'une ordonnance d'un tribunal inférieur, et non de la cour.

Les dispositions législatives

L'article 142 de la *Labour Relations Act* de l'Alberta relève de la Section 2 de la Loi intitulée [TRADUCTION] «Pratiques déloyales de travail». Il prévoit la possibilité de porter plainte auprès de la Commission relativement à une pratique déloyale de travail. Celle-ci peut alors nommer un agent qui fait enquête sur la plainte et s'efforce de régler la question. S'il échoue, la Commission peut elle-même faire enquête et, si elle conclut que la Loi a été violée, elle peut émettre des directives. Ces directives, énumérées à l'al. 142(5)b), sont toutes de la nature d'une réparation civile. Le paragraphe (7) prévoit qu'en cas de violation d'une directive de la Commission, celle-ci peut, à la demande d'un employeur, d'un employé ou de toute autre personne visée par la directive, déposer au greffe de la cour une copie de la directive qui est alors exécutoire au même titre qu'un jugement ou une ordonnance de la cour. À l'exception du geste du préposé au greffe qui reçoit la directive, ce qu'il est dans l'obligation de faire, la cour n'intervient pas. Elle n'a pas le pouvoir d'examiner ou de mettre en doute la validité ou le dépôt de la directive et, sur une requête en exécution, elle doit accepter l'ordonnance telle quelle. Il est vrai que, comme ma collègue le souligne, dans la mesure où les directives de la Commission donnent lieu à un examen en dépit d'une clause privative, il serait possible de suspendre une requête en exécution jusqu'à ce que la procédure d'examen soit terminée. Néanmoins, l'important est que l'examen de la directive n'est pas une condition préalable au dépôt mais qu'il ne peut être entrepris que dans une instance appropriée. Ce n'est pas exagérer que de dire que, dans le processus, le rôle de la cour se limite à une approbation automatique de l'ordonnance de la Commission.

Lorsque l'on tente d'interpréter le par. (7) et, en particulier, l'expression «exécutoire au même titre qu'un jugement», il est significatif que rien dans l'article ne renvoie à une peine. Tout l'accent est mis sur la conformité. En outre, la Loi comporte une partie expressément consacrée aux peines. La

entitled "Offences and Penalties", specific provision is made for penalties for, *inter alia*, contravention of a directive of the Board. Prosecutions which are by way of summary conviction can only be undertaken with the consent of the Minister.

These statutory provisions are similar to comparable provisions in other provincial statutes. The intent is not to convert the directives of the Board into orders or judgments of the court. The statutory provisions are merely legislative shorthand to incorporate enforcement provisions utilized by the courts into the statutes. Notwithstanding filing, they remain directives of the Board. The jurisprudence is surprisingly uniform in this regard. In *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees, supra*, the Ontario Court of Appeal dealt with a similar provision contained in the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228. Section 83a provided as follows:

83a. The Board shall file in the office of the Registrar of the Supreme Court a copy of a direction made under section 82 or 83, exclusive of the reasons therefor, whereupon the direction shall be entered in the same way as a judgment or order of that court and is enforceable as such.

At issue in the case was whether a cease and desist order of the Board, which had been breached but which had been complied with before proceedings were taken in the High Court, could be the subject of contempt proceedings. The majority, Cory J.A. dissenting, held that it could but there was agreement that the orders of the Board that were filed in the Supreme Court did not become orders of the Court. At page 285, Blair J.A., for the majority, stated:

The distinction between orders of a Court and orders of the Board and similar Boards in other Provinces has been dealt with in a number of cases. They establish that the orders remain orders of the Board and do not become orders of the Court.

Cory J.A. stated, at p. 274:

Partie 8 de la Loi, intitulée [TRADUCTION] «Infractions et peines», prévoit précisément une peine à l'égard, notamment, d'une infraction à une directive de la Commission. Les poursuites ne peuvent être intentées, par voie de procédure sommaire, qu'avec l'autorisation du ministre.

Ces dispositions législatives sont semblables à des dispositions comparables d'autres lois provinciales. Elles ne visent pas à faire des directives de la Commission des ordonnances ou des jugements de la cour. Elles sont un simple condensé législatif visant à incorporer dans les lois des dispositions relatives à l'exécution utilisées par les cours de justice. Nonobstant leur dépôt, elles demeurent des directives de la Commission. La jurisprudence est étonnamment constante à ce chapitre. Dans l'arrêt *Re Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a traité d'une disposition semblable de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228. L'alinéa 83a était ainsi libellé:

[TRADUCTION] 83a. La Commission dépose au greffe de la Cour suprême une copie du dispositif de la décision rendue en vertu des articles 82 ou 83. Elle est consignée de la même façon qu'un jugement ou une ordonnance de la Cour et est exécutoire au même titre.

Dans cette affaire, la question était de savoir si un ordre de ne pas faire décerné par la Commission, qui avait été violé, mais auquel on s'est ensuite conformé avant que des poursuites ne soient intentées devant la Haute Cour, pouvait donner lieu à une procédure en outrage. La cour à la majorité, le juge Cory étant dissident, a statué que c'était possible, mais elle a convenu que les ordonnances de la Commission déposées à la Cour suprême ne devenaient pas des ordonnances de la cour. À la page 285, le juge Blair, au nom de la majorité, a dit:

[TRADUCTION] De nombreuses affaires ont traité de la distinction entre les ordonnances d'une cour et les ordonnances de la Commission et de commissions semblables dans d'autres provinces. On a établi qu'elles demeurent des ordonnances de la Commission et ne deviennent pas des ordonnances de la cour.

À la page 274, le juge Cory a dit:

It would appear that the weight of judicial authority is to the effect that a direction of the Board filed in Court pursuant to s. 94 remains a direction or order of that Board and not a judgment of the Court: see, for example, *Re Int'l Woodworkers of America and Patchogue Plymouth, Hawkesbury Mills* (1976), 14 O.R. (2d) 118, 2 C.P.C. 98; *Re Dylex Ltd. and Amalgamated Clothing & Textile Workers Union Toronto Joint Board et al.* (1977), 17 O.R. (2d) 448; *Re Amalgamated Transit Union Division No. 101-134 and Ken Mar Handi Cabs Ltd. et al.* (1971), 23 D.L.R. (3d) 220; *Re Arpeg Holdings Ltd.* (1968), 64 W.W.R. 93, 68 C.L.L.C. 437; *Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Local Union, No. 529 v. Central Broadcasting Co. Ltd.*, [1977] 2 F.C. 78, 76 C.L.L.C. para. 14,045, and *Re Alcan Smelters & Chemicals Ltd., Division of Aluminum Co. of Canada Ltd. v. Canadian Ass'n of Smelter & Allied Workers et al.* (1976), 77 C.L.L.C. para. 14,068.

The consequences for the breach of an order of the Board are very different from those which would flow from a breach of an order of the Court.

In *Parklane Private Hospital Ltd. v. B.C. Government Employees Union* (1988), 88 C.L.L.C. ¶ 14,017, Lysyk J. stated, at p. 12,082:

... the words "deemed to be" in section 30 do not in themselves convert an order of the council into a court order or require the conclusion that a filed order of the council and a court order are to be equated in every respect for purposes of the law of contempt.

The effect of the position contended for by the respondent and maintained by the Court of Appeal is that provincial legislation can provide that an order which remains an order of the Board can be the subject of criminal contempt proceedings. A province could thus provide that disobedience of an order of an administrative tribunal *ex facie* the tribunal is a criminal offence. Since no such offence existed nor exists at common law, this interpretation would enable the province to enact criminal law, a matter reserved to Parliament. Such an interpretation should not be adopted unless the language is incapable of a meaning that conforms to the powers of a province. This principle of interpretation was adopted in *Canadian Broadcasting*

[TRADUCTION] Il semblerait qu'en vertu des précédents, la directive émise par la Commission et déposée à la cour conformément à l'art. 94 demeure une directive ou une ordonnance de la Commission et ne devient pas un jugement de la cour: voir, par exemple, *Re Int'l Woodworkers of America and Patchogue Plymouth, Hawkesbury Mills* (1976), 14 O.R. (2d) 118, 2 C.P.C. 98; *Re Dylex Ltd. and Amalgamated Clothing & Textile Workers Union Toronto Joint Board et al.* (1977), 17 O.R. (2d) 448; *Re Amalgamated Transit Union Division No. 101-134 and Ken Mar Handi Cabs Ltd. et al.*, (1971), 23 D.L.R. (3d) 220; *Re Arpeg Holdings Ltd.* (1968), 64 W.W.R. 93, 68 C.L.L.C. 437; *Int'l Brotherhood of Electrical Workers, Local Union, No. 529 c. Central Broadcasting Co. Ltd.*, [1977] 2 C.F. 78, 76 C.L.L.C. par. 14,045, et *Re Alcan Smelters & Chemicals Ltd., Division of Aluminum Co. of Canada Ltd. c. Canadian Ass'n of Smelter & Allied Workers et al.* (1976), 77 C.L.L.C. par. 14,068.

La violation d'une ordonnance de la Commission et celle d'une ordonnance de la cour entraînent des conséquences très différentes.

Dans l'arrêt *Parklane Private Hospital Ltd. c. B.C. Government Employees Union* (1988), 88 C.L.L.C. ¶ 14,017, le juge Lysyk a dit à la p. 12,082:

[TRADUCTION] ... les termes «présupposés être» de l'article 30 ne transforment pas en eux-mêmes une ordonnance du conseil en une ordonnance de la cour et ils ne justifient pas la conclusion qu'une ordonnance du conseil qui est déposée et une ordonnance de la cour sont équivalentes dans tous leurs aspects pour les fins du droit en matière d'outrage.

Selon la prétention de l'intimé, accueillie en Cour d'appel, la législation provinciale peut prévoir qu'une ordonnance qui demeure une ordonnance de la Commission peut servir de fondement à des procédures en outrage criminel au tribunal. Une province pourrait ainsi prévoir que la violation d'une ordonnance d'un tribunal administratif hors la présence du tribunal est une infraction criminelle. Puisqu'une telle infraction n'a, à ce jour, jamais existé en common law, cette interprétation permettrait à la province d'adopter des lois en matière criminelle, pouvoir réservé au Parlement. Une telle interprétation ne devrait être adoptée que s'il est impossible de donner au libellé un sens qui est conforme aux compétences d'une province. Le

Corp. v. Quebec Police Commission, supra, where Beetz J. stated, at pp. 641-42:

In order to give effect to this principle a court may, in keeping with the Constitution, limit the apparently general scope of an enactment, even when the constitutionality of the provision has not been disputed and the Attorney General has not been impleaded. That is what this Court did in *McKay v. The Queen*, [1965] S.C.R. 798. Cartwright J.—as he then was—observed in the majority opinion, at pp. 803 and 804:

The second applicable rule of construction is that if an enactment, whether of Parliament or of a legislature or of a subordinate body to which legislative power is delegated, is capable of receiving a meaning according to which its operation is restricted to matters within the power of the enacting body it shall be interpreted accordingly. An alternative form in which the rule is expressed is that if words in a statute are fairly susceptible of two constructions of which one will result in the statute being *intra vires* and the other will have the contrary result the former is to be adopted.

Interpretation of s. 142(7)

The words “enforceable” and “judgment” are the critical words in this section. Enforcement is a word which is ambiguous in that it can have more than one meaning. In *Toronto R. Co. v. City of Toronto* (1920), 51 D.L.R. 69, at p. 73, Viscount Cave observed that it may, according to its context, refer to penalties such as a fine for the purpose of punishment or to some process for procuring specific performance. When used in the latter sense a fine or other penalty may be employed to induce obedience. I am of the opinion that its use in this section was intended in the latter sense to enable measures to be taken to secure compliance rather than in the criminal law sense emphasizing punishment. This was the interpretation placed upon similar language by the Court of Appeal of British Columbia in *Citation Industries Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of*

juge Beetz a adopté ce principe d'interprétation dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, précité, où il a dit, aux pp. 641 et 642:

Pour mettre ce principe en œuvre, une cour peut, au nom de la Constitution, restreindre la portée apparemment générale d'une disposition et ce, même lorsque la constitutionnalité de la disposition n'a pas été attaquée et que le procureur général n'a pas été mis en cause. C'est ce que cette Cour a fait dans *McKay c. La Reine*, [1965] R.C.S. 798. Le juge Cartwright, — il n'était pas encore juge en chef — écrit dans l'opinion majoritaire, aux pp. 803 et 804:

[TRADUCTION] La deuxième règle d'interprétation applicable est que, lorsqu'un texte législatif émanant du Parlement, d'une législature ou d'un organisme subalterne auquel le pouvoir de légiférer est délégué, peut être interprété de sorte que son application se limite aux domaines de compétence du corps législatif, cette interprétation doit prévaloir. Une autre façon de formuler la règle est de dire que si les termes d'une loi peuvent raisonnablement être interprétés de deux façons, l'une permettant de conclure au caractère *intra vires* de la loi alors que l'autre aurait l'effet contraire, ils doivent être interprétés de la première façon.

Interprétation du par. 142(7)

Dans ce paragraphe, les termes «exécutoire» et «jugement» sont déterminants. L'exécution est un terme ambigu qui peut revêtir plus d'un sens. Dans l'arrêt *Toronto R. Co. c. City of Toronto* (1920), 51 D.L.R. 69, à la p. 73, le vicomte Cave a souligné qu'il peut, selon son contexte, renvoyer à des peines, notamment à une amende, visant à punir, ou à une procédure quelconque visant à l'accomplissement de l'acte requis. Dans ce dernier sens, le terme signifie qu'une amende, ou une autre peine, peut être infligée en vue de faire respecter un ordre. Je suis d'avis que, dans ce paragraphe, on l'a utilisé dans ce deuxième sens afin que des mesures puissent être prises pour assurer la conformité plutôt que dans le sens pénal du terme qui met l'accent sur la punition. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Citation Industries Ltd. c. United Brotherhood of Carpenters and*

America, Local 1928 (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (B.C.C.A.). At page 365, Seaton J.A. stated:

The purpose of s. 30 is to allow for enforcement of orders, not for punishment for breach of orders. Section 138 provides for punishment:

138. A person who refuses or neglects to observe or carry out an order made under this Act is liable on conviction,

(a) if an individual, to a fine not exceeding \$1,000; or

(b) if a corporation, trade union or employers' organization, to a fine not exceeding \$10,000.

Section 30 of the British Columbia *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, conforms to s. 142(7) of the Alberta Act while s. 138 conforms to s. 156 which is found in Part 8 of the Act. Seaton J.A. did go on to state that in some cases a punishment might be imposed in order to enforce an order but the context makes it clear that he was using "enforcement" in the sense of securing compliance rather than in its punitive meaning.

I conclude therefore that s. 142(7) intended to provide that a directive of the Board would be enforceable by means of the processes available to the Court of Queen's Bench to secure compliance. This included the civil contempt power but did not include the power over criminal contempt which is reserved to punish those who have flouted judgments and orders that have in fact been made by a court.

This conclusion conforms with the constitutional limitation on provincial power and in addition to other matters I have previously mentioned is supported by the following. The whole of the section and Part 7, Division 2 of the Act emphasizes civil redress and compliance rather than punishment. Where punishment is intended the Act so provides. This occurs in Part 8 entitled "Offences and Penalties". Enforcement of a directive by means of court process under s. 142(7) is initiated

Joiners of America, Local 1928 (1988), 53 D.L.R. (4th) 360 (C.A.C.-B.), a interprété ainsi un libellé semblable. À la page 365, le juge Seaton a dit:

[TRADUCTION] L'article 30 vise à faire exécuter des ordonnances, et non à punir pour la violation d'ordonnances. L'article 138 prévoit une peine:

138. Quiconque refuse ou néglige de respecter ou d'exécuter une ordonnance émise en vertu de la présente loi est passible, sur déclaration de culpabilité,

a) s'il s'agit d'une personne physique, d'une amende d'au plus 1000 \$;

b) s'il s'agit d'une personne morale, d'un syndicat ou d'une association patronale, d'une amende d'au plus 10 000 \$.

L'article 30 de l'*Industrial Relations Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 212, s'apparente au par. 142(7) de la Loi albertaine, alors que l'art. 138 suit le modèle de l'art. 156 qui se trouve à la Partie 8 de la Loi. Le juge Seaton a ensuite poursuivi en disant que, dans certains cas, il serait possible d'infliger une peine pour faire exécuter une ordonnance, mais il ressort clairement du contexte qu'il a utilisé le terme «exécution» comme mesure visant à assurer la conformité, plutôt que comme mesure visant à punir.

Par conséquent, je conclus que le par. 142(7) visait à prévoir qu'une directive de la Commission serait exécutoire avec l'aide des procédures offertes à la Cour du Banc de la Reine afin d'assurer la conformité. Ces procédures incluent le pouvoir de punir pour outrage civil, mais elles n'incluent pas le pouvoir de punir pour outrage criminel, qui est réservé à punir ceux qui ont fait fi de jugements et d'ordonnances rendus, de fait, par une cour de justice.

Cette conclusion respecte la limite constitutionnelle imposée aux compétences provinciales et elle est appuyée, outre les points mentionnés précédemment, par les facteurs suivants. Le paragraphe, dans son ensemble, et la Partie 7, Section 2 de la Loi, mettent l'accent sur la notion de réparation civile et de conformité plutôt que de punition. Lorsqu'elle a l'intention de punir, la Loi le prévoit. C'est le cas à la Partie 8 intitulée «[TRADUCTION] Infractions et peines». L'exécution d'une directive

by the filing of the Board's directive on the request of either a party or a person affected. The fact that the first step in engaging the assistance of the court must be initiated by a party or person affected strongly suggests that this is intended to be a civil remedy. Otherwise, I would expect the section to provide that the Board and the Attorney General may do so. I should observe that civil contempt proceedings were in fact initiated by the employers in this case. See *Edmonton General Hospital v. United Nurses of Alberta, Local 79* (1990), 104 A.R. 394.

au moyen d'une procédure judiciaire intentée en vertu du par. 142(7) débute avec le dépôt d'une directive de la Commission à la demande de l'une ou l'autre partie ou d'une personne visée par la directive. Le fait que la première étape pour demander l'assistance de la cour doit être entamée par une partie ou par une personne visée donne fortement à entendre qu'il s'agit d'une réparation civile. Autrement, le paragraphe prévoirait vraisemblablement que la Commission et le procureur général peuvent prendre cette initiative. Je remarque qu'en l'espèce, les procédures en matière d'outrage civil ont, en fait, été introduites par les employeurs. Voir *Edmonton General Hospital c. United Nurses of Alberta, Local 79* (1990), 104 A.R. 394.

Criminal contempt proceedings arising out of labour disputes have been rare in Canada. In the few cases that this extraordinary measure has been applied it was used to punish those who engaged in mass picketing during an illegal strike. One example was *Re Tilco Plastics Ltd. v. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547, aff'd [1967] 1 O.R. 609. A number of labour leaders were jailed for contempt of a court injunction. The Act specifically preserved this right in s. 142(7.2) (added by S.A. 1983, c. 34, s. 2(33)). In the rare case in which it is desirable to resort to criminal sanctions in a labour dispute, proceedings can be taken by way of court injunction. This suggests that there is no reason to extend the use of the criminal contempt power to enforce directives of the Board.

Les procédures en matière d'outrage criminel au tribunal intentées à la suite de conflits de travail sont rares au Canada. Dans les quelques cas où cette mesure extraordinaire a été prise, on visait à punir les participants à un piquetage massif au cours d'une grève illégale. L'affaire *Re Tilco Plastics Ltd. c. Skurjat*, [1966] 2 O.R. 547, conf. [1967] 1 O.R. 609, en est un exemple. Dans cette affaire, des dirigeants syndicaux ont été emprisonnés pour non-respect d'une injonction de la cour. La Loi garantit expressément ce droit au par. 142(7.2) (ajouté par S.A. 1983, ch. 34, par. 2(33)). Dans le rare cas où il est souhaitable de recourir à des sanctions criminelles au cours d'un conflit de travail, les procédures peuvent être intentées au moyen d'une injonction. Ces éléments laissent à entendre qu'il n'y a aucune raison d'élargir l'utilisation du pouvoir de punir pour outrage criminel en vue de faire exécuter des directives de la Commission.

In summary, I have concluded that on the basis of the ordinary rules of construction, s. 142(7) does not authorize the imposition of punishment for criminal contempt. At minimum, the equivocal or ambiguous nature of the words "enforceable as a judgment" leave a reasonable doubt with respect to this issue. The appellant is entitled to the benefit of this doubt. In *Maxwell on the Interpretation of*

En résumé, j'ai conclu que, compte tenu des règles ordinaires d'interprétation, le par. 142(7) n'autorise pas la condamnation à une peine pour outrage criminel. À tout le moins, la nature équivoque ou ambiguë de l'expression «exécutoire au même titre qu'un jugement» laisse subsister un doute raisonnable sur la question. L'appelant est en droit de bénéficier de ce doute. Dans *Maxwell on*

Statutes (12th ed. 1969), at p. 246, this rule of construction is expressed or follows:

The effect of the rule of strict construction might be summed up by saying that, where an equivocal word or ambiguous sentence leaves a reasonable doubt of its meaning which the canons of interpretation fail to solve, the benefit of the doubt should be given to the subject and against the legislature which has failed to explain itself. If there is no ambiguity, and the act or omission in question falls clearly within the mischief of the statute, the construction of a penal statute differs little, if at all, from that of any other.

This is a rule that is applied by this Court and was recently applied in *R. v. Green*, [1992] 1 S.C.R. 614, to resolve an ambiguity in the interpretation of s. 254 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

This conclusion makes it unnecessary to consider the other grounds of appeal raised by the appellant and referred to in the reasons of my colleague.

In the result, I would allow the appeal and quash the two convictions for contempt.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and SOPINKA and CORY JJ. *dissenting*.

Solicitor for the appellant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Paul C. Bourque, Edmonton.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

the Interpretation of Statutes (12^e éd. 1969), à la p. 246, cette règle d'interprétation est ainsi formulée:

[TRADUCTION] On peut résumer l'effet de la règle d'interprétation stricte en disant que, lorsque le sens d'un mot équivoque ou d'une phrase ambiguë soulève un doute raisonnable que les règles d'interprétation ne permettent pas de dissiper, il faut accorder le bénéfice du doute au citoyen et non à la législature qui n'a pas su s'exprimer clairement. S'il n'y a aucune ambiguïté, et que l'acte ou l'omission en question relève clairement de l'infraction à la loi, l'interprétation d'une loi de nature pénale ne diffère guère, si elle diffère, de celle d'autres lois.

Cette règle adoptée par notre Cour a récemment été appliquée dans l'arrêt *R. c. Green*, [1992] 1 S.C.R. 614, afin de dissiper une ambiguïté dans l'interprétation de l'art. 254 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Compte tenu de cette conclusion, il est inutile d'étudier les autres moyens d'appel soulevés par l'appelant et mentionnés dans les motifs de ma collègue.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler les deux déclarations de culpabilité pour outrage.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et CORY sont dissidents.

Procureur de l'appelant: Alexander D. Pringle, Edmonton.

Procureur de l'intimé: Paul C. Bourque, Edmonton.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Commission des affaires sociales *Appellant*

v.

Noémie Tremblay *Respondent*

and

Minister of Manpower and Income Security *Mis en cause*

INDEXED AS: TREMBLAY v. QUEBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES)

File No.: 21651.

1992: February 27*.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Natural justice — Independence of members of Quebec Commission des affaires sociales — Institutionalized consultation procedure — Draft decisions systematically sent to Commission's legal counsel for verification and consultation — Plenary meeting requested in certain cases by commissioners responsible for making decision or by president of Commission to discuss a given question — Meetings held so as to arrive at a consensus: voting, taking of attendance and keeping of minutes — Whether consultation process created by Commission consistent with rules of natural justice — An Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34, s. 10.

Administrative law — Natural justice — Appearance of bias — Audi alteram partem — Quebec Commission des affaires sociales — Unanimous draft decision prepared by two commissioners present at hearing reviewed by Commission president who proposed a contrary opinion — Convening of plenary meeting of Commission to discuss question of law raised — Disagreement among commissioners responsible for making decision following meeting — Question decided by president — Whether active role played by president violates rules of

* Reasons delivered April 16, 1992.

Commission des affaires sociales *Appelante*

c.

^a **Noémie Tremblay** *Intimée*

et

^b **Le ministre de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu** *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: TREMBLAY c. QUÉBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES)

N^o du greffe: 21651.

1992: 27 février*.

^d Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Stevenson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^e *Droit administratif — Justice naturelle — Indépendance des membres de la Commission des affaires sociales du Québec — Procédure de consultation institutionnalisée — Projet de décision envoyé systématiquement au conseiller juridique de la Commission pour vérification et consultation — Réunion plénière convoquée dans certains cas par les commissaires chargés de rendre la décision ou par le président de la Commission pour discuter d'une question donnée — Réunions menées de façon à dégager un consensus: vote, prise des présences et rédaction d'un procès-verbal — Le mécanisme de consultation mis en place par la Commission est-il conforme aux principes de justice naturelle? — Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34, art. 10.*

^h *Droit administratif — Justice naturelle — Apparence de partialité — Droit d'être entendu — Commission des affaires sociales du Québec — Projet de décision unanime préparé par les deux commissaires présents à l'audience examiné par le président de la Commission qui propose une opinion contraire — Convocation d'une réunion plénière de la Commission pour discuter de la question de droit en litige — Désaccord entre les commissaires chargés de rendre la décision suite à cette réunion — Question en litige tranchée par le président*

* Motifs déposés le 16 avril 1992.

natural justice — An Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34, s. 10.

Courts — Administrative tribunals — Confidentiality of deliberations — Objections by Quebec Commission des affaires sociales to questions from social aid recipient concerning formal consultation process set up by Commission — Whether objections to evidence based on deliberative secrecy should be dismissed.

Following the refusal of the Ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu of Quebec to reimburse the cost of certain dressings and bandages, the respondent, who was receiving social aid, appealed this decision to the Commission des affaires sociales. The issue was whether the dressings and bandages came within the definition of "medical equipment" within the meaning of s. 10.04 of the *Regulation on Social Aid*. The appeal was heard by two commissioners and the parties argued in writing. At the close of the hearing, a draft decision favourable to the respondent was signed by the commissioners and sent to the Commission's legal counsel for verification and consultation in accordance with established practice at the Commission. As the legal counsel was on vacation, it was the president of the Commission who reviewed the draft. He then sent the two commissioners a memorandum in which he explained his contrary position. Further to this memorandum, and at the request of a commissioner, the point of law raised was submitted to the "consensus table" machinery of the Commission. At that meeting, a majority of members present expressed their disagreement with the position adopted in the draft decision and, shortly afterwards, one of the commissioners changed her mind and wrote an opinion unfavourable to the respondent. The commissioners were then divided on the question and the matter was submitted to the president of the Commission pursuant to s. 10 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales*. The president decided the matter in the way he had already indicated to the commissioners in his memorandum. The respondent's appeal was accordingly dismissed. Alleging a breach of the rules of natural justice, the respondent challenged the Commission's decision by an action in nullity and asked that the "first draft decision" be declared the Commission's true decision. The Superior Court concluded that the Commission's decision contravened the rules of natural justice and allowed the action, but it refused to regard the first draft of the decision as the Commission's true decision. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the trial judgment.

— Le rôle actif joué par le président viole-t-il les principes de justice naturelle? — Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34, art. 10.

Tribunaux — Tribunaux administratifs — Caractère confidentiel du délibéré — Objections de la Commission des affaires sociales du Québec aux questions du bénéficiaire portant sur le processus de consultation formel mis sur pied par la Commission — Les objections à la preuve basées sur le secret du délibéré doivent-elles être rejetées?

À la suite du refus du ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu du Québec de rembourser le coût de certains pansements et bandages, l'intimée, bénéficiaire de l'aide sociale, interjette un appel de cette décision devant la Commission des affaires sociales. La question en litige consiste à déterminer si les pansements et bandages entrent dans la définition d'«équipement médical» au sens de l'art. 10.04 du *Règlement de l'aide sociale*. L'appel est entendu par deux commissaires et les parties plaident par écrit. Au terme de l'audition, un projet de décision favorable à l'intimée est signé par les commissaires et expédié au conseiller juridique de la Commission pour vérification et consultation comme le veut la pratique établie à la Commission. Le conseiller juridique étant en vacances, c'est le président de la Commission qui examine ce projet. Il envoie alors aux deux commissaires une note de service dans laquelle il leur expose sa position contraire. Suite à cette note, et à la demande d'un commissaire, la question en litige est soumise au mécanisme de la «table des consensus» de la Commission. Lors de cette réunion, la majorité des membres présents exprime leur désaccord avec la position adoptée dans le projet de décision et, peu de temps après, l'un des commissaires change d'avis et rédige une opinion défavorable à l'intimée. Les commissaires se trouvent alors divisés sur la question et l'affaire est soumise au président de la Commission conformément à l'art. 10 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales*. Le président tranche la question dans le sens qu'il avait déjà indiqué aux commissaires dans sa note de service. L'appel de l'intimée est donc rejeté. Invoquant la violation des règles de justice naturelle, l'intimée attaque la décision de la Commission par action en nullité et demande que le «premier projet de décision» soit déclaré la décision réelle de la Commission. La Cour supérieure conclut que la décision de la Commission contrevient aux principes de justice naturelle et accueille l'action, mais elle refuse de considérer le premier projet de décision comme la véritable décision de la Commission. La Cour d'appel à la majorité confirme le jugement de première instance.

Held: The principal appeal and the incidental appeal should be dismissed.

By the very nature of the control exercised over their decisions, administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals. Secrecy remains the rule, but it may nonetheless be lifted when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice. In this case, the objections by the Commission to the questions raised by the respondent concerning the process for dealing with draft decisions within the Commission should be dismissed. These questions did not touch on matters of substance or the decision makers' thinking on such matters. They were directed instead at the formal process established by the Commission to ensure consistency in its decisions. The questions were concerned first with the institutional setting in which the decision was made and how it functioned, and second with its actual or apparent influence on the intellectual freedom of the decision makers.

The consultation machinery created by the Commission is not consistent with the rules of natural justice. While a consultation process by plenary meeting designed to promote adjudicative coherence may prove acceptable for an administrative tribunal, such a process must not however impede the ability or freedom of the members of the tribunal to decide according to their consciences and opinions, or create an appearance of bias in the minds of litigants. Here, the evidence depicts a system in which constraint seems to have outweighed influence. The "consensus tables" held by the Commission, although optional in theory, are in practice compulsory when the legal counsel determines that the proposed decision is contrary to previous decisions. Moreover, the rules for holding plenary meetings of the Commission disclose a number of points which taken together could create an appearance of bias. In particular, a plenary meeting may be requested not only by the commissioners responsible for making the decision but also by the president of the Commission. The mere fact that the president can of his own motion refer a matter for plenary discussion may in itself be a constraint on decision makers. Since the statute clearly provides that it is the decision makers who must decide a matter, they must retain the right to initiate consultation; if they do not wish to consult, they must be free not to do so. Compulsory consultation creates an appearance of a lack of independence, if not actual constraint. In cases of new subject-matter, compulsory consultation circumvents the will of the legislature by seeking to establish a prior consensus by persons not responsible for deciding the

Arrêt: Le pourvoi principal et le pourvoi incident sont rejetés.

De par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne peuvent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires. Le secret demeure la règle, mais il pourra néanmoins être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de justice naturelle. En l'espèce, les objections formulées par la Commission aux questions posées par l'intimée relativement au cheminement que doivent suivre les projets de décisions au sein de la Commission doivent être rejetées. Ces questions ne touchaient pas les motifs au fond ou leur élaboration dans la pensée des décideurs. Elles visaient plutôt le processus formel mis sur pied par la Commission pour assurer la cohérence de sa jurisprudence. Les questions portaient, d'une part, sur le cadre institutionnel dans lequel la décision est rendue et son fonctionnement et, d'autre part, sur son influence réelle ou apparente sur la liberté d'esprit des décideurs.

Le mécanisme de consultation mis sur pied par la Commission n'est pas conforme aux principes de justice naturelle. Bien qu'un processus de consultation par réunion plénière visant à favoriser la cohérence de la jurisprudence puisse s'avérer acceptable pour un tribunal administratif, un tel processus ne doit cependant pas entraver la capacité ou la liberté des membres du tribunal de décider selon leurs conscience et opinions, ni créer une apparence de partialité dans l'esprit des justiciables. En l'espèce, la preuve dépeint un système où la contrainte semble l'emporter sur l'influence. Les «tables de consensus» tenues par la Commission, bien qu'en principe facultatives, sont, en pratique, imposées lorsque le conseiller juridique détermine que la décision proposée va à l'encontre de la jurisprudence antérieure. De plus, les règles relatives au fonctionnement des réunions plénières de la Commission révèlent un ensemble d'éléments susceptibles de créer une apparence de partialité. En particulier, la réunion plénière peut être convoquée non seulement par les commissaires chargés de rendre la décision mais également par le président de la Commission. La simple possibilité que le président réfère, de son propre chef, une question pour discussion en plénière peut en soi constituer une contrainte pour les décideurs. Puisque la loi prévoit clairement que ce sont les décideurs qui doivent trancher la question, ils doivent garder l'initiative de la consultation; s'ils ne souhaitent pas consulter, ils doivent être libres de ne pas le faire. Une consultation imposée crée une apparence de manque d'indépendance, sinon une contrainte réelle. Dans les cas de matières nouvelles, une consultation

case. There are other facts which support this conclusion of an apparent lack of independence. Plenary meetings of the Commission are held so as to arrive at a consensus: the members present vote by a show of hands, attendance is taken and minutes are kept. These mechanisms may exert undue pressure on decision makers and are not to be recommended. The Commission's decision, as a product of this system of internal consultation, thus seems to have been made in breach of the rules of natural justice. Certain aspects of the system established by the Commission create an appearance of "systemic pressure".

Even if the formal consultation machinery had been in keeping with the rules of natural justice, the fact that the president of the Commission expressed his opinion to the commissioners responsible for making the decision, inviting them to reconsider it, and then became a decision maker is hardly consistent with these rules. The *Act respecting the Commission des affaires sociales* gives the president the power to settle disputes but, in view of the active part he took in the discussion, he should have delegated this task to one of his vice-presidents, pursuant to s. 10 of the Act. The active part played by the president in this matter is likely to create a reasonable apprehension of bias in an informed observer. Although the president had not heard the parties when he finally decided the matter, however, the procedure used in this case does not infringe the *audi alteram partem* rule. The question on which the Commission had to rule was a point of law and the parties pleaded in writing. There is nothing to indicate that new arguments of law were raised at the "consensus table" or that the president considered new points at the decision-making stage. Since he in fact decided on the basis of the written file as prepared by the commissioners present at the hearing, there was no breach of the *audi alteram partem* rule.

The first "decision" rendered by the commissioners was in their minds only a draft, a provisional opinion, and cannot be regarded as the Commission's true decision. The intent of the decision makers must be analyzed in terms of the institutionalized consultation process that existed at the time the decision was made, even though that process now proves to have contravened the rules of

imposée contourne la volonté du législateur en cherchant à établir un consensus préalable par des personnes non saisies de la question. D'autres éléments factuels supportent ce constat d'apparence de manque d'indépendance. Les réunions plénières de la Commission sont menées de façon à dégager un consensus: les membres présents votent à main levée, les présences sont prises et un procès-verbal est rédigé. Ces mécanismes peuvent exercer une pression induite sur les décideurs et sont à déconseiller. La décision de la Commission, en tant que produit de ce système de consultation interne, semble donc avoir été rendue en violation des règles de justice naturelle. Certains des éléments du système mis en place par la Commission créent une apparence de «pression systémique».

Même si les mécanismes formels de consultation avaient été conformes aux principes de justice naturelle, le fait que le président de la Commission ait exprimé son opinion aux commissaires chargés de rendre la décision, les invitant à la reconsidérer, pour ensuite se retrouver décideur, est peu compatible avec ces principes. La *Loi sur la Commission des affaires sociales* donne au président le pouvoir de trancher les désaccords mais, étant donné la part active qu'il avait prise au débat, il aurait dû, conformément à l'art. 10 de la Loi, confier cette tâche à un de ses vice-présidents. Le rôle actif joué par le président dans cette affaire est de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité chez un observateur informé. Toutefois, bien que le président n'ait pas entendu les parties lorsqu'il a finalement tranché la question, la procédure suivie en l'espèce ne viole pas la règle *audi alteram partem*. La question sur laquelle la Commission devait se prononcer était une question de droit et les parties ont plaidé par écrit. Rien n'indique que des arguments de droit nouveaux aient été soulevés à la «table des consensus» ou que le président ait considéré de nouveaux arguments à l'étape de la décision. Puisqu'il a, en fait, décidé sur la base du dossier écrit tel que constitué par les commissaires présents à l'audience, il n'y a donc pas eu violation de la règle *audi alteram partem*.

La première «décision» rendue par les commissaires n'était dans leur esprit qu'un projet, qu'une opinion provisoire, et elle ne peut être considérée comme étant la décision véritable de la Commission. L'intention des décideurs doit s'analyser en tenant compte du processus de consultation institutionnalisé qui existait au moment où la décision a été rendue, même si ce processus

natural justice. It is therefore the second "decision" which is the Commission's true decision.

Cases Cited

Applied: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; **referred to:** *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34, s. 10 [am. 1980, c. 33, s. 4].
Regulation on Social Aid, (1975) 107 O.G. II 6455, s. 10.04.
Social Aid Act, R.S.Q. 1977, c. A-16.

Authors Cited

De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2053, 25 Q.A.C. 169, 42 Admin. L.R. 234, affirming a judgment of the Superior Court, [1985] C.S. 490, [1985] C.A.S. 153, quashing a decision of the Commission des affaires sociales, [1983] C.A.S. 713 (*sub nom. Aide sociale — 86*). Principal and incidental appeals dismissed.

William J. Atkinson, Chantal Masse and Murielle Lahaye, for the appellant.

Paul Faribault and André Collard, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

GONTHIER J.—The case at bar provides an opportunity for the Court to apply the rules already stated by it in *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, on so-called "institutional" decisions. The Court must accordingly decide whether the decision of the appellant, the Commission des affaires sociales ("the Commission"), which refused to reimburse the respondent Noémie Tremblay for certain dressings and

s'avère aujourd'hui contrevenir aux règles de justice naturelle. C'est donc la deuxième «décision» qui constitue la décision véritable de la Commission.

a Jurisprudence

Arrêt appliqué: *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; **arrêt mentionné:** *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

b

Lois et règlements cités

Loi sur l'aide sociale, L.R.Q. 1977, ch. A-16.
Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34, art. 10 [mod. 1980, ch. 33, art. 4].
Règlement de l'aide sociale, (1975) 107 G.O. II 6455, art. 10.04.

Doctrine citée

d De Smith, S. A. *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.

e POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1989] R.J.Q. 2053, 25 Q.A.C. 169, 42 Admin. L.R. 234, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1985] C.S. 490, [1985] C.A.S. 153, qui avait annulé une décision de la Commission des affaires sociales, [1983] C.A.S. 713 (*sub nom. Aide sociale — 86*). Pourvois principal et incident rejetés.

g *William J. Atkinson, Chantal Masse et Murielle Lahaye*, pour l'appelante.

Paul Faribault et André Collard, pour l'intimée.

h Le jugement de la Cour a été rendu par

i LE JUGE GONTHIER—La présente affaire donne l'occasion à la Cour de mettre en application les règles qu'elle a déjà formulées dans l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, au sujet des décisions dites «institutionnelles». La Cour doit ainsi décider si la décision de l'appelante, la Commission des affaires sociales (la «Commission»), qui refuse à l'intimée Noémie Tremblay le remboursement de certains

bandages was made contrary to the rules of natural justice. This decision of the Commission was the end result of an internal consultation process established by the Commission to ensure consistency in its decisions.

At the hearing, the Court dismissed the principal and incidental appeals from the bench with costs. The reasons that follow are in support of that disposition.

I—Statement of Facts

At the relevant time, the respondent Noémie Tremblay was receiving social aid. The Ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu denied her claim to be reimbursed for the cost of certain dressings and bandages. The respondent appealed this decision to the Commission in accordance with the *Social Aid Act*, R.S.Q. 1977, c. A-16. This appeal is governed by the *Act respecting the Commission des affaires sociales*, R.S.Q., c. C-34.

On January 20, 1983 the appeal was heard in the social aid and allowances division by a "quorum" consisting of a member of the Commission, Mr. Claude Pothier, and an assessor, Mrs. Dolorès Landry. The point at issue was whether the dressings and bandages came within the definition of "medical equipment" within the meaning of s. 10.04 of the *Regulation on Social Aid* then in effect. As this point was purely one of law, the parties proceeded by admissions and argued in writing. No witnesses were heard.

At the close of the hearing, Mr. Pothier undertook to draft a decision which he then sent to Mrs. Landry for comments and approval. This draft decision was favourable to the respondent. Mrs. Landry signed the draft, which was then sent to the Commission's legal counsel for verification and consultation in accordance with established practice at the Commission. As the legal counsel was on vacation, it was the president of the Commission, Hon. Gilles Poirier, who reviewed the draft. He then sent the decision makers a memo-

pansements et bandages a été rendue en contravention des principes de justice naturelle. Cette décision de la Commission était l'aboutissement d'un processus de consultation interne mis sur pied par la Commission pour assurer la cohérence de sa jurisprudence.

À l'audition, la Cour a, sur le banc, rejeté les appels principal et incident avec dépens. Les motifs qui suivent sont au soutien de ce dispositif.

I—Exposé des faits

L'intimée Noémie Tremblay est, à l'époque pertinente, bénéficiaire de l'aide sociale. Le ministère de la Main-d'œuvre et de la Sécurité du revenu refuse sa demande de remboursement du coût de certains pansements et bandages. L'intimée appelle de cette décision devant la Commission, conformément à la *Loi sur l'aide sociale*, L.R.Q. 1977, ch. A-16. Cet appel est régi par la *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., ch. C-34.

Le 20 janvier 1983, l'appel est entendu en division de l'aide et des allocations sociales par un «quorum» composé d'un membre de la Commission, M^e Claude Pothier, et d'un assesseur, M^{me} Dolorès Landry. La question en litige consistait à déterminer si les pansements et bandages entraient dans la définition d'«équipement médical» au sens de l'art. 10.04 du *Règlement de l'aide sociale* alors en vigueur. Cette question étant une pure question de droit, les parties procèdent par admissions et plaident par écrit. Aucun témoin n'est entendu.

Au terme de l'audition, M^e Pothier se charge de rédiger un projet de décision qu'il fait ensuite parvenir à M^{me} Landry pour commentaires et approbation. Ce projet de décision est favorable à l'intimée. Madame Landry signe le projet, qui est ensuite expédié au conseiller juridique de la Commission pour vérification et consultation comme le veut la pratique établie à la Commission. Le conseiller juridique étant en vacances, c'est le président de la Commission, l'honorable Gilles Poirier, qui examine ce projet. Il envoie alors aux déci-

randum dated March 8, 1983 in which he explained his position, which was contrary to their own. On receiving this memorandum, Mr. Pothier asked that the point of law raised by the case be submitted to the "consensus table" machinery of the Commission. The respondent's case was accordingly placed on the agenda for the next plenary meeting of the Commission.

At that meeting, a majority of members present supported the viewpoint opposed to that originally taken by Mr. Pothier and Mrs. Landry. Shortly after this meeting, Mrs. Landry changed her mind and decided to write an opinion unfavourable to the respondent. As the quorum was thereby in disagreement, the matter was submitted to the president of the Commission, Judge Poirier, as required by the *Act respecting the Commission des affaires sociales*. Judge Poirier then decided the matter in the way he had already indicated to the decision makers in his memorandum of March 8, 1983. The Commission accordingly dismissed the respondent's appeal: [1983] C.A.S. 713 (*sub nom. Aide sociale — 86*).

The respondent then challenged the Commission's decision by an action in nullity: she alleged a breach of the rules of natural justice. The respondent further asked that the first draft decision written by the members of the Commission who heard her appeal be declared the Commission's true decision. In the Superior Court, Dugas J. concluded that the Commission's decision contravened the rules of natural justice, but he refused to regard the first draft of the decision as the Commission's true decision: [1985] C.S. 490, [1985] C.A.S. 153. The Court of Appeal upheld the trial judgment: [1989] R.J.Q. 2053, 25 Q.A.C. 169, 42 Admin. L.R. 234. On the principal appeal, Jacques and Mailhot J.J.A. concluded that the Commission's decision was made in breach of the rules of natural justice, Monet J.A. dissenting; on the incidental appeal, Monet and Mailhot J.J.A. refused to regard the first version of the Commission's decision as the true one. Jacques J.A. differed on this point.

deurs une note datée du 8 mars 1983 dans laquelle il leur expose sa position, qui est opposée à la leur. Suite à cette note, M^e Pothier demande que la question de droit soulevée par cette affaire soit soumise au mécanisme de la «table des consensus» de la Commission. Le dossier de l'intimée est donc mis à l'ordre du jour de la prochaine réunion plénière de la Commission.

Lors de cette réunion, la majorité des membres présents se prononce en faveur du point de vue opposé à celui pris à l'origine par M^e Pothier et M^{me} Landry. Peu de temps après cette réunion, M^{me} Landry change d'avis et décide de rédiger une opinion défavorable à l'intimée. Le quorum se trouvant par le même fait en désaccord, l'affaire est soumise au président de la Commission, le juge Poirier, comme le veut la *Loi sur la Commission des affaires sociales*. Le juge Poirier tranche alors la question dans le sens qu'il avait déjà indiqué aux décideurs dans sa note de service du 8 mars 1983. La Commission rejette donc l'appel de l'intimée: [1983] C.A.S. 713 (*sub nom. Aide sociale — 86*).

L'intimée attaque alors la décision de la Commission par action en nullité; elle invoque violation des règles de justice naturelle. L'intimée demande de plus que le premier projet de décision rédigé par les membres de la Commission qui ont entendu son appel soit déclaré la décision réelle de la Commission. En Cour supérieure, le juge Dugas conclut que la décision de la Commission contrevient aux principes de justice naturelle, mais il refuse de considérer le premier projet de décision comme la véritable décision de la Commission: [1985] C.S. 490, [1985] C.A.S. 153. La Cour d'appel confirme le jugement de première instance: [1989] R.J.Q. 2053, 25 Q.A.C. 169, 42 Admin. L.R. 234. En appel principal, les juges Jacques et Mailhot concluent que la décision de la Commission a été rendue en violation des principes de justice naturelle, le juge Monet étant dissident; en appel incident, les juges Monet et Mailhot refusent par contre de considérer la première version de la décision de la Commission comme étant la décision véritable. Le juge Jacques est d'avis contraire sur ce point.

II—Relevant Legislation

An Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34

10. A matter shall be decided by the majority of the members and assessors having heard it.

When opinions are equally divided on a question, it shall be decided by the president or the vice-president he designates.

III—Judgments of Courts Below

Superior Court, [1985] C.S. 490

In the Superior Court, Dugas J. agreed with the respondent that there had been a breach of natural justice. He described the function of the legal counsel to whom the draft decision was sent as follows, at p. 494:

[TRANSLATION] The legal counsel thus has a critical part to play in the verification process. He is asked to verify not only drafting errors, the accuracy of references to legislation and to regulations and of citations—as to which little need be said—but also whether the decision is in accordance with other decisions of the Commission. If the question is a new one, he attempts to determine whether a consensus can be arrived at based on the proposed rule.

The guidance given to the decision makers by the legal counsel gives cause for reflection. The fact that the decision maker is free to object to the legal counsel's suggestions does not take away the procedure's chilling effect. The same is true of the fact that the decision maker may ask for the matter to be brought before a general meeting.

The trial judge then made the following observations, at pp. 495-96, regarding the "consensus table" procedure established by the Commission:

[TRANSLATION] The reference to the general meeting is no less constraining because the decision maker does not necessarily have to accept it.

The question the decision makers had to decide was submitted to the other members of the Commission for

II—Disposition législative pertinente

Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34

10. Les décisions sont prises à la majorité des membres et des assesseurs ayant entendu une affaire.

Lorsque les opinions se partagent également sur une question, celle-ci est tranchée par le président ou le vice-président que celui-ci désigne.

III—Jugements des instances inférieures

Cour supérieure, [1985] C.S. 490

En Cour supérieure, le juge Dugas donne raison à l'intimée quant à la violation de la justice naturelle. Il décrit ainsi, à la p. 494, le rôle du conseiller juridique à qui le projet de décision a été transmis:

Dans le processus de vérification, le conseiller juridique joue donc un rôle capital. On lui demande de vérifier non seulement les erreurs de rédaction, l'exactitude des renvois aux lois et aux règlements (*sic*) et des citations—sur quoi, il n'y aurait que peu à dire—mais aussi la conformité de l'opinion à la jurisprudence de la Commission. S'il s'agit d'une question nouvelle, il cherche à vérifier si un consensus peut être établi autour de la norme proposée.

L'encadrement des décideurs par le conseiller juridique laisse songeur. Ce n'est pas qu'on reconnaisse au décideur la liberté de résister aux suggestions du conseiller juridique qui enlève au procédé son effet de contrainte. Ce n'est pas non plus que le décideur peut exiger que la question soit amenée devant l'assemblée générale.

Le premier juge fait ensuite les remarques suivantes, aux pp. 495 et 496, en ce qui concerne la procédure de «table des consensus» mise sur pied par la Commission:

Le renvoi à la réunion générale ne cesse pas d'être contraignant parce qu'il n'est pas imposé au décideur de se rallier.

La question que devaient trancher les décideurs fut soumise à l'appréciation des autres membres de la Com-

their consideration. Of the 21 persons eligible to vote, three approved the decision makers' joint opinion, 13 rejected it and five abstained from voting. Faced with a majority like this, "clearly, the quorum may be somewhat more strongly influenced", as the president recognized.

Dugas J. concluded, at p. 496:

[TRANSLATION] To the extent that the established procedure requires the decision makers to submit their opinions to systematic review by the legal counsel, and in some cases to their colleagues for approval, the procedure followed creates systemic pressure on the decision makers and interferes with their independence.

It cannot be argued that this is simply an internal consultation procedure: it is a compulsory consultation.

Accordingly, the court cannot find that the disagreement between the decision makers, which was necessary for the president to exercise his deciding powers, was the result of a valid decision-making process.

At page 497 the judge acknowledged that the objective of this consultation procedure, that of ensuring adjudicative coherence, was valid but objected to the particular features of the system set up here:

[TRANSLATION] This judgment should not be read as a condemnation of any internal consultation procedure in collegiate bodies. On the contrary, it is desirable that such consultations should take place freely whenever a decision maker feels the need to sound out a colleague's view. It should not be taken as suggesting that it is not possible for the members of a collegiate body to reach a consensus.

. . .

However, the court is of the view that to the extent that the consultations are compulsory and that they are meant to control the decision, the system imposing them does not provide a litigant with a "public and fair hearing by an independent and impartial tribunal" as guaranteed by s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*.

He further noted, at pp. 496-97, the fact that when the president of the Commission was called on to resolve the disagreement between the parties

mission. Sur les 21 personnes admises à voter, 3 approuvèrent l'opinion commune des décideurs, 13 la condamnèrent et 5 s'abstinrent de voter. Devant une telle majorité, «évidemment, le quorum est peut-être un peu plus influencé», comme l'a reconnu le président.

Le juge Dugas conclut, à la p. 496:

Dans la mesure où la pratique établie impose aux décideurs de soumettre leurs opinions à l'examen systématique du conseiller juridique et, dans certains cas, à l'approbation de leurs collègues, la procédure suivie établit une pression systémique sur les décideurs et porte atteinte à leur indépendance.

On ne saurait prétendre qu'il s'agit d'une simple procédure de consultation interne: il s'agit d'une consultation imposée.

La Cour ne peut donc reconnaître que le désaccord des décideurs, nécessaire à l'exercice par le président de son pouvoir de trancher, soit le résultat d'un processus décisionnel valable.

Le juge reconnaît, à la p. 497, la validité de l'objectif visé par cette procédure de consultation, soit d'assurer une jurisprudence cohérente, mais s'objecte aux caractéristiques particulières du système mis en place en l'espèce:

Il ne faudrait pas que ce jugement soit interprété comme la condamnation de toute procédure de consultation interne dans les organismes collégiaux. Il est au contraire souhaitable que de telles consultations puissent se dérouler librement chaque fois qu'un décideur sent le besoin de connaître l'opinion d'un collègue. Il ne faudrait pas conclure qu'il n'est pas possible aux membres d'un organisme collégial d'établir un consensus.

. . .

Mais la Cour est d'avis que, dans la mesure où les consultations sont imposées et visent à contrôler la décision, le système qui les impose ne permet pas à un justiciable d'avoir «une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant» que l'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* lui garantit.

Il souligne par ailleurs, aux pp. 496 et 497, le fait que le président de la Commission, appelé à trancher le désaccord entre les parties, s'était déjà

he had already ruled on the point in his letter to the decision makers:

[TRANSLATION] The plaintiff, who has a right not only that justice shall be done but also that it shall be seen to be done, might well believe that the president had already decided the matter before assuming jurisdiction over it again so as to resolve the decision makers' disagreement.

The judge refused to recognize the first document as the Commission's true decision, noting at p. 497 that the decision makers [TRANSLATION] "never regarded the joint opinion as their final decision".

Court of Appeal, [1989] R.J.Q. 2053

The Court of Appeal dismissed the principal appeal brought by the Commission and the incidental appeal brought by the respondent Noémie Tremblay.

Jacques J.A.—dissenting on the incidental appeal

Jacques J.A. concurred with the trial judge, at p. 2075, in his analysis of the internal consultation and verification process:

[TRANSLATION] This procedure is more than a merely optional consultation, one which is purely voluntary and solely in the discretion of the decision maker, like that existing between judges of the same jurisdiction or between judges of different jurisdictions. It is compulsory. Each person must observe it when it is sought.

Although the vote is not binding on the decision makers, it is unwarranted pressure which deprives them of their intellectual independence and gives litigants the feeling that their case is being decided by persons other than their judges and for unknown reasons. It institutionalizes pressure. Clearly, any pressure is suspect from the outset.

As to the objection to the evidence on grounds of deliberative secrecy, taken under reserve at the hearing in the Superior Court, Jacques J.A. wrote that the trial judge was implicitly of the view that it was without basis. However, he went on, at pp. 2074-75:

prononcé sur la question dans sa lettre aux décideurs:

La demanderesse, qui a droit non seulement à ce que justice soit faite, mais aussi à la transparence de l'acte judiciaire, pourra toujours croire que le président avait déjà jugé de la question avant de s'en saisir de nouveau pour trancher le désaccord des décideurs.

Le juge refuse de reconnaître le premier document comme la décision véritable de la Commission, constatant à la p. 497 que les décideurs «n'ont jamais considéré l'opinion commune comme constituant leur décision définitive».

Cour d'appel, [1989] R.J.Q. 2053

La Cour d'appel rejette l'appel principal interjeté par la Commission et l'appel incident interjeté par l'intimée Noémie Tremblay.

Le juge Jacques—dissent sur l'appel incident

Le juge Jacques partage l'avis du premier juge, à la p. 2075, en ce qui concerne l'analyse du processus de consultation et vérification interne:

Cette procédure est plus qu'une simple consultation facultative, purement volontaire et au seul gré du décideur, comme il en existe entre les juges d'une même juridiction, ou même entre les juges de différentes juridictions. Elle est imposée. Chacun a l'obligation de s'y soumettre lorsqu'elle est recherchée.

Quoique le vote ne lie pas les décideurs, il constitue une pression indue de nature à les priver de leur indépendance intellectuelle et à créer chez les justiciables le sentiment que leur affaire est décidée par d'autres que leurs juges et pour des motifs inconnus. Elle institutionnalise une pression. Or, toute pression est suspecte dès le départ.

Quant à l'objection à la preuve basée sur le secret du délibéré, qui avait été prise sous réserve lors de l'audition en Cour supérieure, le juge Jacques écrit que le juge du procès a implicitement considéré qu'elle était mal fondée. Il poursuit cependant, aux pp. 2074 et 2075:

[TRANSLATION] I consider that the deliberations of a judicial or quasi-judicial tribunal or of a collegiate court are confidential. Research and discussion with colleagues on points of law are preliminary steps. This process, just as it may lead to a decision, may not lead anywhere. If it leads to a decision it is explained in that decision; if not, it is only preparatory. The process is part of the intellectual route taken to arrive at the decision: various rules of law are studied and rejected as not relevant, or adopted and applied with or without modifications to the problem under consideration. What is crucial in this process is that the judge or decision maker should act with intellectual freedom. This freedom is one aspect of impartiality, just like the absence of any interest in the outcome.

However, this confidentiality yields to application of the rules of natural justice, as observance of these rules is the bedrock of any legal system.

In exceptional cases, therefore, the confidentiality requirement may be lifted when good grounds for doing so are first submitted to the tribunal.

On the incidental appeal, Jacques J.A. would have regarded the first "decision" as that of the Commission, since this was the only one arrived at by a process consistent with the rules of natural justice.

Mailhot J.A.

Like Jacques J.A., Mailhot J.A. considered that the institutionalized consultation process imposed in the case at bar interfered with the independence of the decision makers. In particular, she noted at p. 2077 the part played by the president of the Commission:

[TRANSLATION] Because of the special function conferred by the statute on the president of the body in the event of a disagreement between two members, I feel that he could not place himself in a situation where he was on his own initiative and by direct intervention raising a point that could create a disagreement between two previously unanimous decision makers. The reason is that, because of the function conferred on him by s. 10 of the statute as final decision maker responsible for resolving the impasse, the president would then be likely to decide the point raised at the final level (in the absence of extraordinary remedies, of course).

Je suis d'avis que le délibéré d'un tribunal judiciaire ou quasi judiciaire ou d'une cour collégiale est confidentiel. Les recherches et les discussions entre collègues sur des points de droit sont des démarches préliminaires. Ce processus peut ne mener à rien, tout comme il peut mener à une décision. Dans ce dernier cas, il est exposé dans la décision; dans le cas contraire, il n'est que préparatoire. Ce processus fait partie du cheminement intellectuel suivi pour arriver à une décision; diverses règles de droit sont étudiées, puis rejetées comme non pertinentes ou retenues et appliquées avec ou sans modification au problème sous étude. Ce qui est primordial dans ce processus, c'est la liberté intellectuelle dont doit jouir le juge, ou le décideur. Cette liberté est l'un des aspects de l'impartialité, tout comme l'absence d'intérêt dans le litige en est un autre.

Cette confidentialité cède cependant devant l'application des règles de la justice naturelle, car le respect de ces règles constitue la première assise de tout système judiciaire.

La confidentialité peut donc être exceptionnellement levée lorsque des motifs sérieux de le faire sont préalablement soumis au tribunal.

En appel incident, le juge Jacques aurait reconnu la première «décision» comme étant celle de la Commission, puisqu'il s'agit de la seule dont le cheminement ait suivi les règles de justice naturelle.

Le juge Mailhot

Comme le juge Jacques, le juge Mailhot considère que le processus de consultation institutionnalisé imposé en l'espèce porte atteinte à l'indépendance des décideurs. Elle souligne en particulier, à la p. 2077, le rôle joué par le président de la Commission:

À cause du rôle particulier dévolu par la loi au président de l'organisme en matière de désaccord entre deux membres, je suis d'avis que celui-ci ne pouvait pas se placer dans une situation où il soulevait de lui-même et par intervention directe un point qui était susceptible d'amener un désaccord entre les deux décideurs préalablement unanimes. Ceci parce qu'ensuite le président, à cause du rôle de décideur ultime pour trancher l'impasse que lui confie l'article 10 de la loi, était susceptible de décider en dernier ressort de la question soulevée (sauf les recours extraordinaires, évidemment).

This is where the decision-making process taken together with the “consensus table” does not comply with the rules of natural justice. When a litigant learns of such a situation he will, in my opinion rightly, feel that his case was decided by persons other than those who heard it and will have the impression that he was not treated in accordance with generally accepted rules of fairness.

Mailhot J.A. refused to regard the first “decision” as being that of the Commission. She would have referred the matter back to the Commission for the question to be decided again.

Monet J.A.—dissenting on the principal appeal

Monet J.A. dealt first with the objections to the evidence made by the Commission at the trial. He considered that deliberative secrecy could only be lifted in exceptional circumstances. Looking at the statement of claim, he concluded at p. 2061 that none of its allegations justified admitting evidence of the facts relating to the deliberative process, and that the objection to the evidence should therefore have been allowed as soon as it was made.

On Dugas J.’s finding that the consultation procedure exerted “systemic pressure” on the decision makers, Monet J.A. felt there was no support for this in the evidence presented at the trial. [TRANSLATION] “It is quite clear”, he wrote, “that the consultation was not compulsory and that the vote did not constitute undue pressure” (p. 2065). After examining the testimony, Monet J.A. concluded at p. 2067 that he was:

[TRANSLATION] ... quite unable to conclude that the decision was invalid ... on account of undue pressure, constraint or influence on the decision makers that would be likely to interfere with the independence which in our law they must enjoy.

Monet J.A. therefore considered that the Commission’s decision did not conflict with the rules of natural justice and there was accordingly no need to decide on the nature of the first “decision”. If he had had to do so, however, he would not have regarded the first draft as the Commission’s true decision.

C’est là où le processus décisionnel joint à la «table de consensus» ne respecte pas les règles de justice naturelle. Car le justiciable, informé d’une telle situation, se sentira, avec raison à mon avis, jugé par d’autres que les personnes qui ont entendu son litige et aura alors l’impression de ne pas être traité selon les règles de justice généralement acceptées.

Le juge Mailhot refuse de considérer la première «décision» comme étant celle de la Commission. Elle aurait renvoyé le dossier à la Commission pour que la question soit tranchée de nouveau.

Le juge Monet—dissent sur l’appel principal

Le juge Monet traite tout d’abord des objections à la preuve faites par la Commission au procès. Il considère que le secret du délibéré ne pourra être levé qu’en cas de circonstances exceptionnelles. Examinant la déclaration, il conclut à la p. 2061 qu’aucune des allégations de la déclaration ne justifie de déclarer recevable la preuve des faits qui se rattachent au processus du délibéré, et que l’opposition à la preuve aurait donc dû être accueillie dès le moment où elle a été formulée.

Quant à la conclusion du juge Dugas à l’effet que la procédure de consultation établit une «pression systémique» sur les décideurs, le juge Monet estime qu’elle ne trouve pas d’appui dans la preuve faite au procès. «Il est patent, écrit-il, que la consultation n’est pas imposée et que le vote ne constitue pas une pression indue» (p. 2065). Après avoir examiné les témoignages, le juge Monet conclut, à la p. 2067, qu’il est:

... tout à fait incapable de conclure à la nullité de la décision [...] en raison de pression, contrainte ou influence indue sur les décideurs, de nature à porter atteinte à l’indépendance dont ils doivent jouir selon notre droit.

Le juge Monet considère donc que la décision de la Commission n’a pas été rendue en violation des principes de justice naturelle et qu’il n’y a par conséquent pas lieu de se prononcer sur la nature de la première «décision». S’il avait eu à le faire, il n’aurait cependant pas reconnu le premier projet comme la véritable décision de la Commission.

IV—Points at Issue*Principal Appeal*

1. Should the Superior Court have allowed the objection to the evidence made by counsel for the Commission and based on deliberative secrecy?

2. Does the machinery established by the Commission to ensure adjudicative coherence give rise to a reasonable apprehension of bias?

3. Is the part played by the president in the case at bar a breach of the rules of natural justice?

Incidental Appeal

4. Should document P-10 (the first “decision”) be regarded as the Commission’s true decision?

V—Analysis

I will deal with these four questions in order.

1. *Confidentiality of Deliberations*

At the trial, counsel for the Commission made several objections to the evidence based on the principle of deliberative secrecy. The Commission objected in particular to the Commission secretary answering the questions of counsel for the respondent on the process for dealing with draft decisions within the Commission (approval by legal counsel, discussion at plenary meeting, and so on). In his judgment, Dugas J. did not expressly deal with these objections; however, he dismissed them implicitly by ruling on the internal consultation procedure followed by the Commission.

In my opinion, the objections made by the Commission should be dismissed. The questions raised by the respondent did not touch on matters of substance or the decision makers’ thinking on such matters. These questions were directed instead at the formal process established by the Commission to ensure consistency in its decisions. They were concerned first with the institutional setting in which the decision was made and how it functioned, and second with its actual or apparent

IV—Questions en litige*Appel principal*

1. La Cour supérieure aurait-elle dû maintenir l’objection à la preuve faite par le procureur de la Commission et basée sur le secret du délibéré?

2. Les mécanismes mis en place par la Commission pour assurer la cohérence de sa jurisprudence donnent-ils lieu à une crainte raisonnable de partialité?

3. Le rôle joué par le président, en l’espèce, viole-t-il les règles de justice naturelle?

Appel incident

4. Le document P-10 (la première «décision») doit-il être considéré comme étant la décision véritable de la Commission?

V—Analyse

Je traiterai de ces quatre questions dans l’ordre.

1. *Le caractère confidentiel du délibéré*

Lors du procès, le procureur de la Commission fait plusieurs objections à la preuve sur la base du principe du secret du délibéré. La Commission s’objectait en particulier à ce que le secrétaire de la Commission réponde aux questions du procureur de l’intimée sur le cheminement que doivent suivre les projets de décisions au sein de la Commission (approbation par le conseiller juridique, discussion en réunion plénière, etc.). Dans son jugement, le juge Dugas ne traite pas expressément de ces objections; mais il les rejette implicitement en se prononçant sur la procédure de consultation interne suivie par la Commission.

À mon avis, les objections formulées par la Commission doivent être rejetées. Les questions posées par l’intimée ne touchaient pas les motifs au fond ou leur élaboration dans la pensée des décideurs. Ces questions visaient plutôt le processus formel mis sur pied par la Commission pour assurer la cohérence de sa jurisprudence. Elles portaient d’une part sur le cadre institutionnel dans lequel la décision est rendue et son fonctionnement et, d’autre part, sur son influence réelle ou appa-

influence on the intellectual freedom of the decision makers. This distinction was noted by Dugas J. during the interrogatories themselves.

In the case of administrative tribunals, the difficulty of distinguishing between facts relating to an aspect of the deliberations which can be entered in evidence and those which cannot is quite understandable. The institutionalization of the decisions of administrative tribunals creates a tension between on one hand the traditional concept of deliberative secrecy and on the other the fundamental right of a party to know that the decision was made in accordance with the rules of natural justice. The institutionalized consultation process involving deliberation is the subject of rules of procedure designed to regulate the "consensus tables" process. Paradoxically, it is the public nature of these rules which, while highly desirable, may open the door to an action in nullity or an evocation. It may be questioned whether justice is seen to be done. Accordingly, the very special way in which the practice of administrative tribunals has developed requires the Court to become involved in areas into which, if a judicial tribunal were in question, it would probably refuse to venture:

The judge's right to refuse to answer to the executive or legislative branches of government or their appointees as to how and why the judge arrived at a particular judicial conclusion is essential to the personal independence of the judge, one of the two main aspects of judicial independence: *Valente v. The Queen, supra*; *Beauregard v. Canada*. . . . To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how or why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence. [Emphasis added.]

(*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 830-31.)

Additionally, when there is no appeal from the decision of an administrative tribunal, as is the case with the Commission, that decision can only be reviewed in one way: as to legality by judicial review. It is of the very nature of judicial review to

rente sur la liberté d'esprit des décideurs. Cette distinction avait été soulignée par le juge Dugas durant les interrogatoires mêmes.

Dans le cas des tribunaux administratifs, la difficulté de distinguer entre les faits portant sur un aspect du délibéré qui pourront être mis en preuve et ceux qui ne le pourront pas est particulièrement compréhensible. L'institutionnalisation des décisions des tribunaux administratifs crée une tension entre, d'une part, le traditionnel concept du secret du délibéré et, d'autre part, le droit fondamental d'une partie de savoir que la décision a été rendue en conformité avec les principes de justice naturelle. En effet, le processus de consultation institutionnalisé mis en œuvre dans le cadre de délibérés fait l'objet de règles de procédure visant à régir le processus des «tables de consensus». Le caractère public de ces règles, par ailleurs fort souhaitable, est paradoxalement ce qui peut donner prise à une action en nullité ou à une évocation. L'apparence de justice peut être mise en cause. L'évolution bien particulière de la pratique des tribunaux administratifs oblige donc la Cour à s'immiscer dans des domaines où, s'il s'agissait d'un tribunal judiciaire, elle refuserait probablement de s'aventurer:

Le droit du juge de refuser de répondre aux organes exécutif ou législatif du gouvernement ou à leurs représentants quant à savoir comment et pourquoi il est arrivé à une conclusion judiciaire donnée, est essentiel à l'indépendance personnelle de ce juge, qui constitue l'un des deux aspects principaux de l'indépendance judiciaire: *Valente c. La Reine* et *Beauregard c. Canada* [. . .] Donner suite à l'exigence qu'un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l'élément le plus sacro-saint de l'indépendance judiciaire. [Je souligne.]

(*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, aux pp. 830 et 831.)

Par ailleurs, lorsque les décisions d'un tribunal administratif sont sans appel, comme c'est le cas à la Commission, il n'existe qu'une seule façon de réviser celle-ci: le contrôle de la légalité. Or, il relève de la nature même du contrôle judiciaire

examine *inter alia* the decision maker's decision-making process. Some of the grounds on which a decision may be challenged even concern the internal aspect of that process: for example, was the decision made at the dictate of a third party? Is it the result of the blind application of a previously established directive or policy? All these events accompany the deliberations or are part of them.

Accordingly, it seems to me that by the very nature of the control exercised over their decisions administrative tribunals cannot rely on deliberative secrecy to the same extent as judicial tribunals. Of course, secrecy remains the rule, but it may nonetheless be lifted when the litigant can present valid reasons for believing that the process followed did not comply with the rules of natural justice. This is indeed the conclusion at which the majority of the Court of Appeal arrived, at pp. 2074-75:

[TRANSLATION] However, this confidentiality yields to application of the rules of natural justice, as observance of these rules is the bedrock of any legal system.

In exceptional cases, therefore, the confidentiality requirement may be lifted when good grounds for doing so are first submitted to the tribunal.

I would therefore dismiss this first ground of appeal.

2. *Legality of the "Institutionalized" Decision-making Process Established by the Commission*

Of the four questions raised by this appeal, the second is clearly the central one. The Commission is arguing that the consultation machinery which it has created is consistent with the rules of natural justice. It describes this consultation machinery not as a compulsory process of consultation but rather as an "automated" process, the purpose of which is not to impose any particular viewpoint but to assist the decision maker by informing him of the existence of precedents.

The following internal directives are significant. They are taken from the *Directives concernant le fonctionnement des réunions générales et la con-*

d'examiner, entre autres, le processus décisionnel du décideur. Certains des motifs pour lesquels une décision peut être attaquée portent même sur l'aspect interne de ce processus décisionnel: par exemple, la décision a-t-elle été prise sous la dictée d'un tiers? Résulte-t-elle de l'application aveugle d'une directive ou d'une politique pré-établie? Tous ces événements sont concomitants au délibéré ou en font partie.

Il me semble donc que, de par la nature du contrôle qui est exercé sur leurs décisions, les tribunaux administratifs ne puissent invoquer le secret du délibéré au même degré que les tribunaux judiciaires. Le secret demeure bien sûr la règle, mais il pourra néanmoins être levé lorsque le justiciable peut faire état de raisons sérieuses de croire que le processus suivi n'a pas respecté les règles de justice naturelle. C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en vient la majorité en Cour d'appel, aux pp. 2074 et 2075:

Cette confidentialité cède cependant devant l'application des règles de la justice naturelle, car le respect de ces règles constitue la première assise de tout système judiciaire.

La confidentialité peut donc être exceptionnellement levée lorsque des motifs sérieux de le faire sont préalablement soumis au tribunal.

Je rejetterais donc ce premier motif d'appel.

2. *La légalité du processus décisionnel dit «institutionnalisé» mis sur pied par la Commission*

Des quatre questions soulevées par ce pourvoi, la question centrale est évidemment la deuxième. La Commission soutient que le mécanisme de consultation qu'elle a mis en place est conforme aux principes de justice naturelle. Elle qualifie ce mécanisme de consultation non pas de processus de consultation imposé mais plutôt de processus «automatisé», qui n'a pas pour but d'imposer quelque vue que ce soit, mais d'aider le décideur en l'informant de l'existence de précédents.

Les directives internes suivantes sont pertinentes. Elles sont tirées des *Directives concernant le fonctionnement des réunions générales et la*

stitution du comité de lecture ([TRANSLATION] "Directives on the holding of general meetings and creation of a reading committee") adopted by the Commission in September 1984:

[TRANSLATION]

4. A unanimous quorum may also suggest that a given problem be discussed at a general meeting, whether the decision has already been issued or not.

5. The president may suggest discussion at a general meeting of a unanimous decision, in cases where:

(a) the principles stated in that decision or its application contravene or depart from a consensus or precedent decided on by the Commission;

(b) the decision is a ruling in principle on a new point, or develops a new interpretation which sets an important precedent for the Commission.

34. Discussions will generally develop as follows:

—presentation by the persons concerned (members of the quorum or, if applicable, the legal counsel, a member of the reading committee, the president and so on) of the problem and arguments on either side, and this presentation shall be made without becoming involved in arguments on either side of the issue;

—questions by the meeting to the authors;

—additional comments by members and assessors on the point;

—(possible roundtable of views);

—brief final comments by the persons concerned;

—ensuring that the meeting fully understands the question;

—re-reading of the question by the president;

—vote by the meeting (show of hands).

35. A vote is not regarded as the necessary outcome of a discussion: it is only required if the points for consideration have validly emerged from the discussion and a sufficient number of those present feel well enough informed to make a decision.

constitution du comité de lecture adoptées par la Commission en septembre 1984:

4. Un quorum unanime peut également suggérer qu'il y ait discussion en réunion générale d'un problème donné, et ce, que la décision ait déjà été expédiée ou non.

5. Le président peut suggérer qu'il y ait discussion en réunion générale d'une décision unanime, dans les cas où:

a) les principes énoncés dans cette décision ou sa portée contreviennent ou s'écartent d'un consensus ou d'une jurisprudence établie de la Commission.

b) la décision en cause se prononce en principe sur un point nouveau, ou développe une interprétation nouvelle d'une portée jurisprudentielle importante pour la Commission.

34. Les discussions suivent généralement le cheminement suivant:

—exposé par les personnes impliquées (les membres du quorum ou, selon le cas, le conseiller juridique, un membre du comité de lecture, le président, etc. . .) du problème et des arguments retenus de part et d'autre, cet exposé étant livré en évitant de s'engager dans un débat contradictoire;

—questions de l'assemblée aux auteurs;

—commentaires additionnels des membres et assessors sur la question;

—(tour de table possible);

—brefs commentaires finals des personnes impliquées;

—vérification avec l'assemblée de la clarté de la question;

—relecture de la question par le président;

—vote (à main levée) de l'assemblée.

35. Le vote n'est pas considéré comme l'aboutissement nécessaire d'une discussion, il n'est tenu que si la discussion a permis de ressortir, de façon valable, les éléments à considérer et si un nombre suffisant de participants s'estiment assez éclairés pour se prononcer.

39. A formal voting process or vote by show of hands is used in place of the "roundtable" process.
41. The president may decide, when he considers that the matter discussed is of great importance, to extend the consultation to members and assessors absent from the general meeting.
44. Any vote taken at a general meeting must be compiled and its result announced at the meeting and entered in the minutes.
45. Consensus is intended to ensure greater consistency in Commission decisions. It will be obtained following thorough discussion and by means of an unambiguous vote; but in the last analysis the quorum retains control of its decision.
46. The consensus is entered in the minutes of the general meeting, with reference to the decision it will be reflected in and the breakdown of the number of votes.

It is true that the system for verifying decisions established in the case at bar was created at the request of the decision makers themselves. In view of the large number of decisions made by the Commission (on the evidence, 2,871 decisions for 1983), members and assessors very soon felt the need to consult their colleagues to ensure consistent and carefully reasoned decisions. As the Commission noted, the objective of consistency responds to litigants' need for stability but also to the dictates of justice. As the Commission's decisions are not subject to appeal, it is the Commission itself which has the duty of preventing inconsistent decision-making.

However, that does not mean that the actual structure of the machinery created to promote collegiality is unimportant. Clearly, by its very nature administrative law encompasses a wide variety of types of decision-making. Nonetheless, these must be in keeping with natural justice: accordingly, they should not impede the ability of the members of an administrative tribunal to decide as they see fit nor should they create an appearance of bias in the minds of litigants.

In *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, *supra*, the Court has already had occasion to

39. La formule de vote formel ou de vote à main levée est utilisée à la place du «tour de table».
41. Le président peut décider, lorsqu'il estime que la question discutée revêt une grande importance, d'étendre la consultation aux membres et assesseurs absents lors de la réunion générale.
44. Tout vote pris en réunion générale doit être compilé et son résultat doit être annoncé en assemblée et consigné au procès-verbal.
45. Le consensus vise à assurer une plus grande cohérence dans les décisions de la Commission. Il doit être obtenu au terme d'une discussion sérieuse et au moyen d'un vote non équivoque. Mais en définitive, le quorum demeure maître de sa décision.
46. Le consensus est consigné au procès-verbal de la réunion générale, avec la référence à la décision qui l'exprimera et la ventilation du nombre des votes.

Il est vrai que le système de vérification des décisions mis en place en l'espèce l'a été à la demande même des décideurs. Étant donné le grand nombre de décisions rendues par la Commission (d'après la preuve, 2 871 décisions pour l'année 1983), les membres et assesseurs ressentirent en effet très tôt le besoin de consulter leurs collègues pour s'assurer d'une jurisprudence stable et rigoureuse. Comme le souligne la Commission, cet objectif de cohérence répond à un besoin de sécurité des justiciables, mais également à un impératif de justice. Les décisions de la Commission étant sans appel, c'est à la Commission elle-même qu'il revient de prévenir les incohérences décisionnelles.

Cela ne signifie cependant pas que les modalités du mécanisme mis en place pour favoriser la collégialité soient sans importance. De par sa nature, le droit administratif connaît évidemment une grande variété de structures décisionnelles. Celles-ci doivent cependant être conformes à la justice naturelle; elles ne doivent par conséquent ni entraver la capacité des membres d'un tribunal administratif de décider selon leurs opinions, ni créer une apparence de partialité dans l'esprit des justiciables.

La Cour a déjà eu, dans *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, précité, l'occasion d'ex-

state the guidelines for creating an “institutionalized” consultation process in administrative tribunals. In *IWA*, the Court examined the consultation process established by the Ontario Labour Relations Board (“OLRB”) to promote consistency and quality in its decisions. In response to the immense task it faced (3,189 decisions in 1982-83), the OLRB adopted a practice consisting of holding plenary meetings on important questions of policy. The process created was described as follows by the Chairman of the OLRB at pp. 316-17:

After deliberating over a draft decision, any panel of the Board contemplating a major policy issue may, through the Chairman, cause a meeting of all Board members and vice-chairmen to be held to acquaint them with this issue and the decision the panel is inclined to make. These “Full Board” meetings have been institutionalized to facilitate a maximum understanding and appreciation throughout the Board of policy developments and to evaluate fully the practical consequences of proposed policy initiatives on labour relations and the economy in the Province. But this institutional purpose is subject to the clear understanding that it is for the panel hearing the case to make the ultimate decision and that discussion at a “Full Board” meeting is limited to the policy implications of a draft decision. The draft decision of a panel is placed before those attending the meeting by the panel and is explained by the panel members. The facts set out in the draft are taken as given and do not become the subject of discussion. No vote is taken at these meetings nor is any other procedure employed to identify a consensus. The meetings invariably conclude with the Chairman thanking the members of the panel for outlining their problem to the entire Board and indicating that all Board members look forward to that panel’s final decision whatever it might be. No minutes are kept of such meetings nor is actual attendance recorded. [Emphasis in original.]

Relying on this description, the Court weighed the advantages and disadvantages of the OLRB practice in holding such full Board meetings. Since any process of consultation may have the effect of “influencing” decision-makers, the Court concluded at p. 333 that what should be looked at

poser les principes directeurs en matière de processus de consultation «institutionnalisé» au sein des tribunaux administratifs. Dans *SITBA*, la Cour examine le processus de consultation mis en place par la Commission des relations de travail de l’Ontario («CRTO») pour favoriser la cohérence et la qualité de ses décisions. Face à l’ampleur de la tâche qui lui était assignée (3 189 décisions en 1982-1983), la CRTO avait adopté une pratique consistant à tenir des réunions plénières sur des questions de politique importantes. Le processus mis en place est décrit de la façon suivante par le président de la CRTO, aux pp. 316 et 317:

[TRADUCTION] Après avoir délibéré sur un avant-projet de décision, un banc qui envisage de trancher une question importante de politique peut faire convoquer, par l’intermédiaire du président, une réunion plénière des membres et des vice-présidents pour leur faire part de la question soulevée et de la décision que le banc favorise. Ces réunions plénières ont été institutionnalisées pour mieux faire comprendre et apprécier par l’ensemble des commissaires l’évolution des politiques et pour examiner à fond les conséquences pratiques que les politiques envisagées pourraient avoir sur les relations de travail et sur l’économie de la province. Cependant, cet objet institutionnel est assujéti au principe accepté de tous qu’il appartient au banc qui entend l’affaire de prendre la décision ultime et que les débats à la réunion plénière de la Commission se limitent aux conséquences en matière de politique d’un avant-projet de décision. L’avant-projet de décision d’un banc est soumis à la réunion par le banc lui-même et expliqué par les commissaires qui le composent. Les faits mentionnés dans l’avant-projet de décision sont tenus pour avérés et ne font pas l’objet de discussions. Aucun vote n’est pris lors de ces réunions et aucune autre procédure n’est utilisée pour vérifier s’il y a un consensus. Le président clôt toujours ces réunions en remerciant les commissaires composant le banc d’avoir exposé leur problème à toute la Commission et en disant que tous les commissaires attendront avec impatience la décision du banc quelle qu’elle puisse être. Il n’y a pas de procès-verbal de ces réunions ni de prise de présences. [Souligné dans l’original.]

S’appuyant sur cette description, la Cour s’appuie les avantages et inconvénients qu’emporte la pratique de la CRTO de tenir de telles réunions plénières. Puisque tout processus de consultation peut avoir pour effet «d’influencer» les décideurs, la Cour conclut, à la p. 333, que ce n’est pas le

is not the question of influence but that of constraint:

... the relevant issue in this case is not whether the practice of holding full board meetings can cause panel members to change their minds but whether this practice impinges on the ability of panel members to decide according to their opinions. There is nothing in the *Labour Relations Act* which gives either the chairman, the vice-chairmen or other Board members the power to impose his [*sic*] opinion on any other Board member. However, this *de jure* situation must not be thwarted by procedures which may effectively compel or induce panel members to decide against their own conscience and opinions.

Taking the position of an informed person, the Court held that the OLRB practice contained an adequate number of safeguards of the judicial independence of members of the Board responsible for making the decision. Accordingly, the system established was not likely to cause the litigant to entertain a reasonable apprehension of bias (at p. 334):

A full board meeting set up in accordance with the procedure described by Chairman Adams is not imposed: it is called at the request of the hearing panel or any of its members. It is carefully designed to foster discussion without trying to verify whether a consensus has been reached: no minutes are kept, no votes are taken, attendance is voluntary and presence at the full board meeting is not recorded. The decision is left entirely to the hearing panel. . . . On the other hand, it is true that a consensus can be measured without a vote and that this institutionalization of the consultation process carries with it a potential for greater influence on the panel members. However, the criteria [*sic*] for independence is not absence of influence but rather the freedom to decide according to one's own conscience and opinions.

In *IWA*, the Court further noted at p. 326 the frequent policy nature of the decisions of the OLRB and the tripartite makeup of the panels of that board as factors justifying an institutionalized consultation procedure. These factors are not conclusive, but are additional indications. A plenary meeting may perhaps be the only practical means of gathering members from various backgrounds;

critère de l'influence qu'il faut retenir, mais plutôt l'élément de contrainte:

... la question qu'il faut se poser en l'espèce est non pas de savoir si la pratique des réunions plénières de la Commission peut amener les membres d'un banc à changer d'avis, mais plutôt de savoir si cette pratique entrave la capacité des membres de ce banc de statuer selon leurs opinions. Il n'y a rien dans la *Loi sur les relations de travail* qui autorise le président, les vice-présidents ou les autres commissaires à imposer leur avis à quelque autre commissaire. Cependant, cette situation de droit ne doit pas être contrecarrée par des procédures qui peuvent avoir pour effet de forcer ou d'inciter des membres d'un banc à statuer à l'encontre de leurs propres conscience et opinions.

Se plaçant dans la position d'une personne informée, la Cour décide que la pratique de la CRTO contient suffisamment de mécanismes susceptibles de protéger l'indépendance judiciaire des membres du banc chargés de rendre la décision. Par conséquent, le système mis en place n'est pas susceptible de causer de crainte raisonnable de partialité chez le justiciable (à la p. 334):

La réunion plénière de la Commission tenue conformément à la procédure décrite par le président Adams n'est pas imposée, elle est convoquée à la demande du banc qui a entendu l'affaire ou par l'un de ses membres. Elle est soigneusement organisée pour favoriser la discussion sans qu'il y ait tentative de vérifier s'il y a consensus; il n'est pas dressé de procès-verbal, le vote n'y est pas pris, la présence à la réunion est facultative et les présences n'y sont pas prises. La décision revient entièrement au banc qui a entendu l'affaire. [. . .] Par ailleurs, il est vrai qu'il est possible de vérifier s'il y a consensus sans recourir à un vote et que cette institutionnalisation du processus de consultation comporte un risque d'influence plus prononcée sur les membres du banc. Cependant, le critère de l'indépendance est non pas l'absence d'influence, mais plutôt la liberté de décider selon ses propres conscience et opinions.

Dans *SITBA*, la Cour souligne par ailleurs à la p. 326 la nature souvent politique des décisions de la CRTO et la composition tripartite des bancs de cette commission comme des éléments qui justifient une procédure de consultation institutionnalisée. Ces éléments ne sont cependant pas déterminants, mais constituent des indices additionnels. Une réunion plénière s'avérera peut-être le seul

clearly, it does not mean that only tripartite agencies may set up such consultation machinery. We have seen that the justification for institutionalizing decisions lies primarily in the need to ensure consistency in decisions rendered by administrative tribunals. Whether the latter make decisions with a high policy component or not, those decisions must be consistent with the requirements of justice. A consultation process by plenary meeting designed to promote adjudicative coherence may thus prove acceptable and even desirable for a body like the Commission, provided this process does not involve an interference with the freedom of decision makers to decide according to their consciences and opinions. The process must also, even if it does not interfere with the actual freedom of the decision makers, not be designed so as to create an appearance of bias or lack of independence.

The institutionalized decision-making process in the case at bar is rather different from that considered by the Court in *IWA*. Although the “consensus tables” held by the Commission are optional in theory, it appeared from the testimony of the member Claude Pothier that these collegiate discussions are in practice compulsory when the legal counsel determines that the proposed decision is contrary to previous decisions:

[TRANSLATION]

A. ... So this time, literally in order not to hold up the case, we sent—it was the only way—sent the Noémie Tremblay file to the discussion table.

Q. When you say —in order not to hold up the case?

A. Well, listen, it is difficult because we were—at least I for one was in a difficult situation in which the quorum had disposed of a matter which was not contrary to principle or the previous decisions of the Commission, because there were none, I think there was one and it was more favourable to the decision being taken than the other possibility. There was Judge Poirier’s memo, which was in the file, so we could hardly not take it into account. The only way

moyen pratique de regrouper des membres provenant de divers milieux; cela ne signifie évidemment pas que seuls les organismes tripartites pourront établir de tels mécanismes de consultation.

^a Nous avons vu que la justification de l’institutionnalisation des décisions réside principalement dans l’impératif de cohérence des décisions rendues par les tribunaux administratifs. Que ceux-ci rendent des décisions à haut coefficient politique ou non, ces décisions doivent être compatibles par souci de justice. Le processus de consultation par réunion plénière visant à favoriser la cohérence de la jurisprudence pourrait donc s’avérer acceptable et même désirable pour un organisme comme la Commission, à condition que ce processus ne constitue pas une entrave à la liberté des décideurs de trancher selon leurs conscience et opinions. Il ne faut pas non plus que ce processus, même s’il n’entrave pas la liberté réelle des décideurs, soit conçu de façon telle qu’il suscite une apparence de partialité ou de manque d’indépendance.

^e Le processus de décision institutionnalisé est en l’espèce assez différent de celui examiné par la Cour dans *SITBA*. En effet, bien que les «tables de consensus» tenues par la Commission soient en principe facultatives, il ressort du témoignage du membre Claude Pothier que ces discussions collégiales sont, en pratique, imposées lorsque le conseiller juridique détermine que la décision proposée va à l’encontre de la jurisprudence antérieure:

^g R. ... Alors cette fois-là pour littéralement pas bloquer le dossier, on a envoyé, c’était la seule façon, envoyé à la table de discussion le dossier de Noémie Tremblay.

^h Q. Quand vous dites pour ne pas bloquer le dossier?

R. Ben, écoutez, c’est difficile parce qu’on était pris, moi en tout cas pour un j’étais pris dans une situation pénible où le quorum avait disposé d’une affaire qui n’allait pas à l’encontre de la doctrine ou des décisions antérieures de la commission, parce qu’il n’y en avait pas, il y en avait une je pense et elle était plus favorable à la décision qu’on prenait que l’autre. Il y avait le mémo du Juge Poirier qui était au dossier. Donc, on pouvait difficilement ne pas en

was to have a general discussion around the table to get the file moving, to move it forward.

Q. Could you have sent the original of document P-10 to the Commission's secretary?

A. Listen, the administrative procedure did not authorize us to do that. I think I would have been squarely blamed if I had gone over their heads, especially the administrative office, and rendered a decision directly from my office; the discussion took place in my office at the time, and we decided to make this decision for a very good reason.

Q. I did not ask you whether you could have sent it directly to the parties; my question was whether you could have sent the decision to the Commission's secretary for it to be issued?

A. I could not do that either, because the procedure set up was compulsory, all files of whatever kind had to go through the legal counsel. So the only route was to send my file to my secretary who sent it on to the legal counsel's office, and then it went from there to be issued. If anything held it up, such as the legal counsel finding an inadvertent error in the citation of a regulation . . . the file was sent back to us . . .

Additionally, in other cases where the decision was contrary to earlier decisions of the Commission . . . or contrary to the consensus established around the table by my colleagues together, the legal counsel still held up the file, to my personal knowledge of the matter, and if the quorum did not change its opinion, the file to my personal knowledge — in which I was involved in any case — the files went either to the office of the president or the vice-president and eventually came back to the general discussion table. That is the procedure in the Commission as I have known it for nine (9) years. [Emphasis added.]

Dugas J., who heard the parties and was therefore in a better position to assess the specific concrete aspects of the case, concluded from the testimony that there was undeniable "compulsory consultation" and "systemic pressure". In such circumstances, the fact that at the end of his testimony Mr. Pothier admitted that the vote taken at the plenary meeting had not prevented him from

tenir compte. La seule façon c'était d'en venir à une discussion globale autour de la table pour débloquer le dossier, pour le faire avancer.

Q. Est-ce que vous auriez pu expédier l'original du document P-10 au secrétariat?

R. Écoutez, la procédure administrative ne nous permettait pas de faire ça. Je pense que j'aurais été carrément blâmé si j'avais passé par-dessus la tête, surtout le bureau administratif et de rendre une décision directement de mon bureau, la discussion avait été faite à mon bureau à l'époque et on avait décidé de prendre cette décision pour une raison très louable.

Q. Je vous ai pas demandé, est-ce que vous auriez pu envoyer directement aux parties, ma question est est-ce que vous auriez pu envoyer au secrétaire de la commission la décision pour qu'elle soit expédiée?

R. Non plus, parce que la procédure installée était obligatoire, tous les dossiers quels qu'ils soient devaient passer par le conseiller juridique. Alors le cheminement unique était de faire parvenir mon dossier à ma secrétaire qui elle l'achemine vers le bureau du conseiller juridique, ensuite il s'en va pour fins d'expédition. S'il y a quelque chose qui bloque, soit que le conseiller juridique remarque une erreur qui s'est glissée dans la citation d'un règlement, [. . .] le dossier nous est retourné . . .

Par ailleurs dans d'autres cas où la décision va soit à l'encontre de décisions antérieures de la commission [. . .], ou encore à l'encontre de consensus établis autour de la table par l'ensemble des collègues, là le conseiller juridique encore «stoppe» le dossier à ma connaissance personnelle que j'en ai, et si le quorum ne change pas d'opinion, le dossier à ma connaissance personnelle, dans lesquels j'ai été impliqué en tout cas, les dossiers vont soit au bureau du président ou du vice-président et éventuellement reviennent à la table des discussions globales. C'est la procédure que j'ai vécue à la commission depuis neuf (9) ans. [Je souligne.]

Le juge Dugas, qui a entendu les parties et était donc en meilleure position pour apprécier la situation concrète particulière à cette affaire, conclut d'ailleurs des témoignages qu'il y a «consultation imposée» et une «pression systémique» indéniable. Dans ce contexte, le fait que M^e Pothier ait, à la fin de son témoignage, reconnu que le vote pris à la réunion plénière ne l'avait pas empêché de mainte-

abiding by his decision in no way shows absence of constraint.

The Commission argued that under directive 45, the quorum still retains full control of its decision. As the Court observed in *IWA*, mere “influence” is to be distinguished from “constraint”; but what is crucial is to determine the actual situation prevailing in the body in question. In the case at bar on the facts do

[t]he methods used at those meetings to discuss policy issues reflect the need to maintain an atmosphere wherein each attending Board member retains the freedom to make up his mind on any given issue and to preserve the panel members’ ultimate responsibility for the outcome of the final decision [?]

(*IWA*, *supra*, at p. 316.)

I do not think so. The testimony of the member Claude Pothier depicts a system in which in actual fact constraint seems to have outweighed influence, regardless of any internal directive to the contrary.

Additionally, reading the rules for holding plenary meetings of the Commission discloses a number of points which taken together could create an appearance of bias. In my opinion, the key indicator in this regard is to be found in directive 5, which provides that a plenary meeting may be requested not only by the quorum responsible for making the decision but also by the president of the Commission.

The fact that under directive 5 the president of the Commission can raise a question at a plenary meeting without the approval of the quorum responsible for deciding the matter presents a particular problem in light of the following passage from the judgment in *IWA*, *supra*, at p. 332:

It is obvious that no outside interference may be used to compel or pressure a decision maker to participate in discussions on policy issues raised by a case on which he must render a decision.

nir sa décision ne démontre aucunement absence de contrainte.

La Commission soutient qu’en vertu de la directive 45, le quorum demeure toujours maître de sa décision. Comme l’a souligné la Cour dans *SITBA*, il faut distinguer la simple «influence» de la «contrainte». Mais ce qui est crucial, c’est de déterminer quelle est la situation véritable qui prévaut au sein de l’organisme concerné. En l’espèce, vu les faits,

[l]es méthodes utilisées à ces réunions pour débattre des questions de politique traduisent[-elles] la nécessité de préserver une ambiance où chaque commissaire présent garde la liberté de se former une opinion sur une question précise et de sauvegarder la responsabilité ultime des membres de chaque banc à l’égard de la décision finale[?]

(*SITBA*, précité, à la p. 316.)

Je ne le crois pas. Le témoignage du membre Claude Pothier dépeint un système où la contrainte semble effectivement l’emporter sur l’influence, nonobstant toute directive interne à l’effet contraire.

Par ailleurs, la lecture des règles de fonctionnement des réunions plénières de la Commission révèle un ensemble d’éléments susceptibles de créer une apparence de partialité. À mon avis, l’élément indicateur le plus important de ce point de vue se retrouve à la directive 5, qui prévoit que la réunion plénière pourra être demandée non seulement par le quorum chargé de rendre la décision, mais également par le président de la Commission.

Le fait que le président de la Commission, en vertu de la directive 5, puisse soulever une question en réunion plénière sans l’accord du quorum saisi de l’affaire pose un problème particulier en regard du passage suivant de la décision dans *SITBA*, précitée, à la p. 332:

Il est évident qu’aucune ingérence extérieure ne peut être pratiquée pour forcer ou contraindre un décideur à participer à des discussions au sujet de questions de politique soulevées par une affaire sur laquelle il doit statuer.

In my view, the mere fact that the president can of his own motion refer a matter for plenary discussion may in itself be a constraint on decision makers. In such circumstances, they may not feel free to refuse to submit a question to the “consensus table” when the president suggests this. Further, the statute clearly provides that it is the decision makers who must decide a matter. Accordingly, it is those decision makers who must retain the right to initiate consultation; imposing it on them amounts to an act of compulsion towards them and a denial of the choice expressly made by the legislature.

The Commission apparently wishes by this machinery to make the expertise of the Commission as a whole available to its members and to inform them of existing precedents. This is a praiseworthy motive. If the quorum has the advantage of the experience and opinions of its colleagues it may be in a position to render a more thoughtful decision. However, it is the quorum, and only the quorum, which has the responsibility of rendering the decision. If it does not wish to consult, it must be truly free not to do so. This constraint, which is subjective for the decision makers, may also cause litigants to have an impression of objective bias. Compulsory consultation creates at the very least an appearance of a lack of independence, if not actual constraint.

The referral process mentioned in directive 5 in cases of new subject-matter also circumvents the will of the legislature by seeking to establish a prior consensus by persons not responsible for deciding the case. Ordinarily, precedent is developed by the actual decision makers over a series of decisions. The tribunal hearing a new question may thus render a number of contradictory judgments before a consensus naturally emerges. This of course is a longer process; but there is no indication that the legislature intended it to be otherwise. Bearing this in mind, I consider it is particularly important for the persons responsible for hearing a case to be the ones to decide it.

À mon avis, la simple possibilité que le président réfère, de son propre chef, une question pour discussion en plénière peut en soi constituer une contrainte pour les décideurs. Dans un tel contexte, ceux-ci ne se sentiront peut-être pas libres de refuser de soumettre une question à la «table des consensus» lorsque le président le suggère. De plus, la loi prévoit clairement que ce sont les décideurs qui doivent trancher la question. Ce sont donc ces décideurs qui doivent garder l’initiative de la consultation; la leur imposer équivaut à agir d’autorité envers eux et nier le choix exprès du législateur.

La Commission souhaite de toute évidence, par ce mécanisme, mettre à la disposition de ses membres l’ensemble de l’expertise de la Commission et les informer de la jurisprudence existante. Il s’agit là d’un but louable. Le quorum, fort de l’expérience et des opinions de ses collègues, sera peut-être en mesure de rendre une décision plus mûrie. C’est cependant le quorum, et le quorum seul, qui a la responsabilité de rendre la décision. S’il ne souhaite pas consulter, il doit être vraiment libre de ne pas le faire. Cette contrainte, subjective pour les décideurs, pourra également donner lieu à une apparence de partialité objective du point de vue du justiciable. Une consultation imposée crée à tout le moins une apparence de manque d’indépendance, sinon une contrainte réelle.

Le processus de référé prévu à la directive 5 dans les cas de matières nouvelles contourne également la volonté du législateur en cherchant à établir un consensus préalable par des personnes non saisies de la question. Normalement, l’élaboration d’un courant jurisprudentiel se fait par les décideurs effectifs suite à un ensemble de décisions. Le tribunal saisi d’une question nouvelle peut ainsi rendre un certain nombre de jugements contradictoires avant qu’un consensus ne se dégage naturellement. Il s’agit évidemment d’un processus plus long; rien n’indique cependant que le législateur ait voulu qu’il en soit ici autrement. Dans cette optique, je suis d’avis qu’il est particulièrement important que les personnes saisies d’une affaire soient celles qui décident.

There are other facts which support this conclusion of an apparent lack of independence. For example, plenary meetings of the Commission are held so as to arrive at a consensus: a vote by a show of hands is generally taken, as well as attendance; minutes are kept (directives 34, 35, 39, 44 and 46). The process created by the Commission thus contains very few of the protective devices which led this Court to conclude that the practice of the OLRB was in keeping with natural justice. Such protective devices are important when, as here, what is at issue is also to determine whether there was an appearance of bias or lack of independence. Certain aspects of the system established by the Commission create at the very least an appearance of "systemic pressure", to use the words of Dugas J.

Accordingly the Commission's decision, as a product of this system of internal consultation, seems to me to have been made in breach of the rules of natural justice. The present practice of the Commission of holding plenary meetings without members of a quorum having requested them, as well as the voting procedure and the keeping of minutes, may exert undue pressure on decision makers. Such pressure may be an infringement of a litigant's right to a decision by an independent tribunal. I consider that the institutionalized consultation process currently being used by the Commission may also give rise to a reasonable apprehension of bias in an informed litigant.

I would accordingly dismiss the principal appeal for this reason.

It should not be concluded from all this that the Court does not regard the objective sought by the Commission, of ensuring adjudicative coherence, as important. On the contrary, it has already recognized the manifest benefits which may be obtained from an institutionalized consultation process. The Court is also aware of the breadth of the task which has been entrusted to the Commission by the legislature and of the difficulties which the Commission may face in performing these quasi-judicial duties.

D'autres éléments factuels supportent ce constat d'apparence de manque d'indépendance. Par exemple, les réunions plénières de la Commission sont menées de façon à dégager un consensus: le vote à main levée est généralement pris, de même que les présences; un procès-verbal est dressé (directives 34, 35, 39, 44 et 46). Le processus mis en place par la Commission contient donc fort peu de ces mécanismes de protection qui avaient permis à la Cour de conclure que la pratique de la CRTO était conforme à la justice naturelle. Or, ces mécanismes de protection sont importants lorsqu'il s'agit également, comme en l'espèce, de déterminer s'il y a apparence de partialité ou de manque d'indépendance. Certains des éléments du système mis en place par la Commission créent à tout le moins une apparence de «pression systémique», pour reprendre les paroles du juge Dugas.

La décision de la Commission, en tant que produit de ce système de consultation interne, me semble donc avoir été rendue en violation des règles de justice naturelle. La pratique actuelle de la Commission de tenir des réunions plénières sans que les membres du quorum l'aient demandé, de même que les mécanismes de vote et de rédaction d'un procès-verbal, peuvent exercer une pression indue sur les décideurs. Une telle pression peut constituer une atteinte au droit du justiciable d'obtenir une décision d'un tribunal indépendant. Je suis d'avis que le processus institutionnalisé de consultation actuellement utilisé par la Commission peut également susciter une crainte raisonnable de partialité chez le justiciable informé.

Je rejetterais donc l'appel principal pour ce motif.

Il ne faut pas conclure de tout ceci que la Cour ne considère pas comme important l'objectif visé par la Commission, soit d'assurer la cohérence de sa jurisprudence. Nous avons au contraire déjà reconnu les avantages manifestes que pouvait procurer un processus de consultation institutionnalisé. La Cour est par ailleurs consciente de l'ampleur de la tâche qui a été dévolue à la Commission par le législateur, et des difficultés auxquelles peut faire face la Commission dans l'exécution de ces fonctions quasi judiciaires.

As it said earlier in *IWA, supra*, plenary meetings may be a consultation tool which is entirely in keeping with the rules of natural justice. However, they should not be imposed on decision makers and should be held in such a way as to leave decision makers free to decide according to their own consciences and opinions. Voting, the taking of attendance and the keeping of minutes are therefore not to be recommended. There are in any case a number of other methods which can be used to inform members of the Commission of applicable adjudicative trends or to prompt discussion on points of importance; the task of devising these may be left to the Commission.

3. *Part Played by the President in the Case at Bar and Appearance of Bias*

Though this question does not have to be decided in order to dispose of the principal appeal, I will still make certain observations on the part played by Judge Poirier in the case at bar.

The *Act respecting the Commission des affaires sociales* gives the president of the Commission the power to settle disputes that may arise within a quorum:

10. A matter shall be decided by the majority of the members and assessors having heard it.

When opinions are equally divided on a question, it shall be decided by the president or the vice-president he designates.

What part did the president of the Commission play here? In the case at bar, it is the president who raised the question by sending the quorum a memorandum in which he indicated the interpretation he would have given to the regulation at issue. This led to engaging the consultation process which eventually led to the disagreement between the two previously unanimous decision makers. Once the disagreement emerged, it was the president again who resolved the matter in the way he had indicated in his first intervention.

I should stress first of all that the Court is not in any way questioning the good faith or impartiality of the Commission's president in the case at bar;

Comme nous l'avons déjà dit dans *SITBA*, précité, les réunions plénières peuvent constituer un instrument de consultation tout à fait conforme aux principes de justice naturelle. Elles ne doivent cependant pas être imposées aux décideurs, et doivent être menées de façon à laisser les décideurs libres de trancher selon leurs conscience et opinions. Le vote, la prise des présences et la rédaction d'un procès-verbal sont donc à déconseiller. Il existe par ailleurs bon nombre d'autres méthodes qui pourraient être utilisées pour informer les membres de la Commission des courants de jurisprudence pertinents ou pour susciter des discussions sur des questions d'importance; je laisse à la Commission le soin de les concevoir.

3. *Le rôle joué par le président en l'espèce et l'apparence de partialité*

Bien qu'il ne soit pas nécessaire de traiter de cette question aux fins de disposer de l'appel principal, je ferai quand même quelques observations sur le rôle joué par le juge Poirier en l'espèce.

La *Loi sur la Commission des affaires sociales* donne au président de la Commission le pouvoir de trancher les désaccords qui peuvent survenir au sein d'un quorum:

10. Les décisions sont prises à la majorité des membres et des assesseurs ayant entendu une affaire.

Lorsque les opinions se partagent également sur une question, celle-ci est tranchée par le président ou le vice-président que celui-ci désigne.

Quel a ici été le rôle du président de la Commission? En l'espèce, c'est le président qui a soulevé la question en envoyant une note au quorum où il exposait l'interprétation qu'il aurait donnée au règlement en litige. Ceci a mené à la mise en branle du processus de consultation qui a éventuellement mené au désaccord entre les deux décideurs préalablement unanimes. Une fois le désaccord constaté, c'est encore le président qui a tranché la question dans le sens qu'il avait indiqué dès sa première intervention.

Soulignons tout d'abord que la Cour ne remet nullement en question la bonne foi ou l'impartialité du président de la Commission en l'espèce; la

the question which concerns it here is one of an appearance of bias, not of actual bias.

I will leave aside for discussion purposes the question of the formal consultation machinery already considered above. Even if that machinery had been in keeping with natural justice, I feel that the fact that the president expressed his opinion to members of the quorum, inviting them to reconsider the decision, and then became a decision maker is hardly consistent with the rules of natural justice. The case is comparable to the typical "prior commitment" situation which de Smith describes as follows:

Disqualification for bias may exist where a member of a tribunal has an interest in the issue by virtue of his identification with one of the parties, or has otherwise indicated partisanship in relation to the issue.

. . .

Most of the cases are concerned with magistrates who have adjudicated after having substantially committed themselves by actively opposing or supporting the cause of a party or applicant before them.

(De Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4th ed. 1980), at pp. 270-71.)

De Smith recognizes that by the very nature of their duties certain members of administrative tribunals may have to combine various roles. This is what he says at p. 271 about the function of members of boards who issue licences:

In certain respects, however, licensing justices stand in a peculiar position. They are entitled to adopt a general policy, based on their own investigations and private knowledge and their assessment of local requirements, with regard to the granting and renewal of public-house licences in their area; they are sometimes members of the local authority, which may have adopted town planning policies that will affect the future location of public-houses; they may themselves initiate an objection to the renewal of a licence and then proceed to sit and vote on the application as members of the compensation authority. But they are disqualified if they have already taken such active steps to oppose the renewal as to give rise to a real likelihood that they will

question qui nous préoccupe ici en est une d'appa-
rence de partialité, et non pas de partialité réelle.

Je mettrai de côté pour les fins de la discussion la question des mécanismes formels de consultation déjà examinée plus haut. Même si ces mécanismes avaient été conformes à la justice naturelle, je suis d'avis que le fait que le président ait exprimé son opinion aux membres du quorum, les invitant à reconsidérer leur décision, pour ensuite se retrouver décideur, est peu compatible avec les principes de justice naturelle. Il s'agit d'un cas assimilable au cas-type de la «prise de position antérieure» que de Smith décrit ainsi:

[TRADUCTION] Il peut y avoir récusation pour motif de partialité lorsqu'un membre d'un tribunal administratif a un intérêt dans la question en raison de son identification à l'une des parties ou lorsqu'il a, d'une autre façon, fait preuve de partialité relativement à la question.

. . .

Dans la plupart des cas, il s'agit de magistrats qui ont tranché une question après avoir fermement pris parti en s'opposant ou en se montrant favorable de façon concrète à la cause d'une partie ou d'un requérant devant eux.

(De Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (4^e éd. 1980), aux pp. 270 et 271.)

De Smith reconnaît que, de par la nature de leurs fonctions, certains membres de tribunaux administratifs peuvent devoir cumuler divers rôles. Voici ainsi ce qu'il écrit à la p. 271 au sujet du rôle des membres de commissions chargés de délivrer des permis:

[TRADUCTION] À certains égards, toutefois, les juges chargés de délivrer des permis se trouvent dans une situation particulière. En ce qui concerne l'octroi et le renouvellement des permis de débits de boissons dans leur ressort, ces juges ont le droit d'adopter une politique générale, fondée sur leurs propres enquêtes et leurs connaissances personnelles ainsi que sur leur évaluation des exigences locales; ils sont parfois membres de l'administration locale, qui peut avoir adopté des politiques de planification urbaine susceptibles d'influer sur l'emplacement futur des débits de boissons; ils peuvent s'opposer personnellement au renouvellement d'un permis et faire partie par la suite de la commission de contrôle et y voter. Toutefois, ils sont inhabiles s'ils ont pris des

not be capable of hearing and determining the application in a judicial spirit. [Emphasis added.]

The justices to whom de Smith refers combine these various duties as a result of the legislation giving them their powers. The demands of natural justice must therefore be reconciled with the deliberate intent of the legislature to give an administrative tribunal several overlapping duties. In the case at bar, the internal consultation procedure used by the Commission was not created by the legislature; and even if it had been, it does not contemplate the president taking control of cases in place of the legal counsel. There is accordingly less reason to tolerate the president playing several parts within the decision-making process.

Moreover, s. 10 of the *Act respecting the Commission des affaires sociales* expressly authorizes the president to designate a vice-president to resolve disputes between the members of a quorum. In view of the active part he took in the discussion, the president should have delegated the decision to one of his vice-presidents. He did not do so. The active part played by Mr. Poirier in this matter thus seems to me likely to create a reasonable apprehension of bias in an informed observer.

The respondent further argued that the procedure used infringes the *audi alteram partem* rule in that the president did not hear the parties when he finally decided the matter. The Court has already considered this point in *IWA*. At pages 335 to 338 it emphasized the importance of distinguishing between discussions bearing on questions of fact and those relating to questions of law:

The determination and assessment of facts are delicate tasks which turn on the credibility of the witnesses and an overall evaluation of the relevancy of all the information presented as evidence. As a general rule, these tasks cannot be properly performed by persons who have not heard all the evidence and the rules of natural justice do not allow such persons to vote on the result. Their participation in discussions dealing with such factual issues is less problematic when there is no participation in the final decision. However, I am of the view that generally

mesures concrètes pour s'opposer au renouvellement de façon à soulever une véritable probabilité qu'ils ne seront pas en mesure d'entendre et de trancher la demande dans un esprit judiciaire. [Je souligne.]

Les magistrats auxquels de Smith fait référence cumulent ces diverses fonctions par l'effet de la loi qui leur attribue leurs pouvoirs. Les impératifs de justice naturelle doivent donc composer avec la volonté arrêtée du législateur de confier au tribunal administratif plusieurs fonctions qui se chevauchent. Or, en l'espèce, la procédure de consultation interne utilisée par la Commission n'est pas créée par le législateur; et même si elle l'était, elle ne prévoit pas que le président se saisisse des dossiers à la place du conseiller juridique. Il y a donc moins de raisons de tolérer que le président joue plusieurs rôles au sein même du processus décisionnel.

En outre, l'art. 10 de la *Loi sur la Commission des affaires sociales* permet expressément au président de désigner un vice-président pour trancher les désaccords entre les membres d'un quorum. Étant donné la part active qu'il avait prise au débat, le président aurait dû confier la décision à un de ses vice-présidents. Il ne l'a pas fait. Le rôle actif joué par le président Poirier dans cette affaire me semble donc de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité chez l'observateur informé.

L'intimée a également plaidé que la procédure suivie viole la règle *audi alteram partem* en ce que le président n'avait pas entendu les parties lorsqu'il a finalement tranché la question. La Cour a déjà examiné cette question dans *SITBA*. Elle souligne aux pp. 335 à 338 l'importance de distinguer entre les discussions portant sur des questions de fait et celles portant sur des questions de droit:

La détermination et l'évaluation des faits sont des tâches délicates qui dépendent de la crédibilité des témoins et de l'évaluation globale de la pertinence de tous les renseignements présentés en preuve. En général, les personnes qui n'ont pas entendu toute la preuve ne sont pas à même de bien remplir cette tâche et les règles de justice naturelle ne permettent pas à ces personnes de voter sur l'issue du litige. Leur participation aux discussions portant sur ces questions de fait pose moins de problèmes quand elles ne participent pas à la décision

such discussions constitute a breach of the rules of natural justice because they allow persons other than the parties to make representations on factual issues when they have not heard the evidence.

Policy issues must be approached in a different manner because they have, by definition, an impact which goes beyond the resolution of the dispute between the parties. While they are adopted in a factual context, they are an expression of principle or standards akin to law. Since these issues involve the consideration of statutes, past decisions and perceived social needs, the impact of a policy decision by the Board is, to a certain extent, independent from the immediate interests of the parties even though it has an effect on the outcome of the complaint.

It is now necessary to consider the conditions under which full board meetings must be held in order to abide by the *audi alteram partem* rule. In this respect, the only possible breach of this rule arises where a new policy or a new argument is proposed at a full board meeting and a decision is rendered on the basis of this policy or argument without giving the parties an opportunity to respond.

The question on which the Commission had to rule was clearly a point of law, namely whether “dressings and bandages were included in the definition of medical equipment” within the meaning of s. 10.04 of the *Regulation on Social Aid* then in effect. Furthermore, the parties chose to plead in writing and so far as one can tell made no representations at the hearing.

In the case at bar, there is no evidence that new arguments of law were raised at the “consensus table”. The consultation process therefore did not infringe the *audi alteram partem* rule. Turning to the next stage, it also seems that no new points were considered by the president at the decision-making stage. He in fact decided on the basis of the written file as prepared by the quorum. As the Court observed in *IWA, supra*, at p. 339:

finale. Cependant, j’estime que ces discussions violent généralement les règles de justice naturelle parce qu’elles permettent à des personnes qui ne sont pas parties au litige de faire des observations sur des questions de fait alors qu’elles n’ont pas entendu la preuve.

Il faut aborder les questions de politique de manière différente parce qu’elles ont, par définition, des conséquences qui vont au-delà du règlement du litige particulier entre les parties. Bien qu’elles découlent de faits précis, elles constituent l’expression d’un principe ou de normes apparentées au droit. Puisque ces questions font appel à l’analyse des lois, des décisions antérieures et des besoins sociaux qui sont perçus, les conséquences d’une décision de politique prise par la Commission ne dépendent pas, dans une certaine mesure, de l’intérêt immédiat des parties, même si elles peuvent avoir un effet sur l’issue de la plainte.

Il faut maintenant examiner les conditions dans lesquelles les réunions plénières de la Commission doivent être tenues afin de respecter la règle *audi alteram partem*. À cet égard, la seule violation possible de la règle a lieu quand on propose une nouvelle politique ou un nouvel argument à une réunion plénière de la Commission et qu’une décision fondée sur cette politique ou cet argument est rendue sans qu’on accorde aux parties la possibilité de répliquer.

La question sur laquelle la Commission devait se prononcer était clairement une question de droit, à savoir si les «pansements et bandages entraient dans la définition d’équipement médical» au sens de l’art. 10.04 du *Règlement de l’aide sociale* alors en vigueur. Les parties avaient d’ailleurs choisi de plaider par écrit et n’ont, de toute évidence, pas fait de représentation à l’audition.

En l’espèce, il n’y a aucune preuve que des arguments de droit nouveaux aient été soulevés à la «table des consensus». Le processus de consultation n’a donc pas violé la règle *audi alteram partem*. Passant à l’étape suivante, il ne semble pas non plus que de nouveaux éléments aient été considérés par le président à l’étape de la décision. Celui-ci a, en fait, décidé sur la base du dossier écrit tel que constitué par le quorum. Comme le souligne la Cour dans *SITBA*, précité, à la p. 339:

... the rule with respect to legal or policy arguments not raising issues of fact is somewhat more lenient because the parties only have the right to state their case adequately and to answer contrary arguments. This right does not encompass the right to repeat arguments every time the panel convenes to discuss the case.

I therefore do not feel the facts of the instant case established a breach of the *audi alteram partem* rule. The Court moreover notes that the Commission has subsequently altered its practice and has taken the sensible step of giving parties an opportunity to be heard by the president or vice-president responsible for resolving a disagreement. In the case at bar, the only blame which can attach to the president is thus of having resolved the disagreement between the decision makers when he had already spoken on the matter.

4. Nature of First "Decision"

I concur on this point with the disposition chosen by Dugas J., namely that the only decision in the case at bar is that contained in document P-9 (the "second" decision, [1983] C.A.S. 713). Like Dugas J., I consider that the first "decision" rendered by the members of the quorum was in their minds only a draft, a provisional opinion.

In this regard, the intent of the decision makers must be analysed in terms of the institutionalized consultation process that existed at the time the decision was made, even though that process now proves to have contravened the rules of natural justice. The Court cannot disregard the setting in which the decision was made in deciding whether it was conclusive.

Finally, I would note that the procedure of early signature of draft decisions by members and assessors followed in the case at bar seems to me unadvisable. Although this procedure may be practical, it only adds to the appearance of bias when a decision maker decides to alter his opinion after free consultation with his colleagues. A litigant who sees a "decision" favourable to him changed to an unfavourable one will not think that there has

... la règle relative aux arguments juridiques ou de politique qui ne soulèvent pas des questions de fait est un peu moins sévère puisque les parties n'ont que le droit de présenter leur cause adéquatement et de répondre aux arguments qui leur sont défavorables. Ce droit n'inclut pas celui de reprendre les plaidoiries chaque fois que le banc se réunit pour débattre l'affaire.

Je ne crois donc pas que les faits de cette affaire font voir une violation de la règle *audi alteram partem*. La Cour note d'ailleurs que la Commission a depuis modifié sa pratique et qu'elle a pris l'heureuse initiative de donner aux parties l'occasion de se faire entendre par le président ou vice-président chargé de trancher un désaccord. En l'espèce, le seul reproche que l'on peut adresser au président est donc d'avoir tranché le désaccord entre les décideurs alors qu'il s'était déjà exprimé sur la question.

4. La nature de la première «décision»

Je suis d'accord sur ce point avec le dispositif choisi par le juge Dugas, soit que la seule décision en l'espèce est celle consignée au document P-9 (la «deuxième» décision, [1983] C.A.S. 713). Comme le juge Dugas, je suis d'avis que la première «décision» rendue par les membres du quorum n'était dans leur esprit qu'un projet, qu'une opinion provisoire.

À cet égard, l'analyse de l'intention des décideurs doit se faire en tenant compte du processus de consultation institutionnalisé qui existait au moment où la décision a été rendue, même si ce processus s'avère aujourd'hui contrevenir aux règles de justice naturelle. La Cour ne peut pas faire abstraction du cadre dans lequel la décision a été rendue pour décider du caractère définitif ou non de celle-ci.

Je souligne finalement que la procédure de signature anticipée des projets de décisions par les membres et assesseurs suivie en l'espèce m'apparaît être à déconseiller. Même si cette procédure s'avère pratique, elle ne fait qu'ajouter à l'apparence de partialité lorsqu'un décideur décide de modifier son opinion après libre consultation avec ses collègues. Le justiciable qui voit une «décision» qui lui était favorable se changer en décision

been a normal consultation process; rather, he will have the impression that external pressure has definitely led persons who were initially favourable to his case to change their minds.

VI—Conclusions

For these reasons, I would dismiss the principal and incidental appeals with costs.

Principal and incidental appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy, Tétrault, Québec.

Solicitors for the respondent: Gauthier, Bergeron & Faribault, Magog.

défavorable ne pensera pas qu'il s'agit du processus normal de consultation; il aura plutôt l'impression qu'une pression extérieure a bel et bien fait changer d'avis les personnes d'abord favorables à sa cause.

^a

VI—Conclusions

^b Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois principal et incident avec dépens.

Pourvois principal et incident rejetés avec dépens.

^c *Procureurs de l'appelante: McCarthy, Tétrault, Québec.*

Procureurs de l'intimée: Gauthier, Bergeron & Faribault, Magog.

Gordon John Van Haarlem *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. VAN HAARLEM

File No.: 22492.

1992: April 27.

Present: La Forest, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Evidence of accused's conversation with constable — Court of Appeal's order to admit evidence not violating accused's s. 7 right to silence — New trial properly ordered — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 64 C.C.C. (3d) 543, 135 N.R. 379, allowing an appeal from acquittal by Oppal J. Appeal dismissed.

Brian A. Beresh, for the appellant.

William F. Ehrcke, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Ehrcke. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Justice Iacobucci.

IACOBUCCI J.—We are all of the view that this appeal, which comes to us as of right, should be dismissed. We agree with the British Columbia

Gordon John Van Haarlem *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. VAN HAARLEM

N° du greffe: 22492.

^b

1992: 27 avril.

Présents: Les juges La Forest, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

^c

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Preuve composée d'une conversation de l'accusé avec un agent — L'utilisation de cette preuve ordonnée par la Cour d'appel ne viole pas le droit de garder le silence que l'art. 7 garantit à l'accusé — Nouveau procès ordonné à bon droit — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

^e

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

^f

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 64 C.C.C. (3d) 543, 135 N.R. 379, qui a accueilli l'appel interjeté contre un acquittement prononcé par le juge Oppal.

^g

Pourvoi rejeté.

Brian A. Beresh, pour l'appelant.

William F. Ehrcke, pour l'intimée.

^h

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Ehrcke. La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge Iacobucci.

LE JUGE IACOBUCCI—Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter ce pourvoi formé de plein droit devant notre Cour. Nous sommes d'accord

Court of Appeal that the appellant's right to silence under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was not violated in this case, and that the Court of Appeal committed no error either in concluding that the appellant's conversation with Constable McGimpsey should have been admitted as evidence or in ordering a new trial on the ground that the conversation might, with a reasonable degree of certainty, have affected the verdict.

Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Beresh DePoe Cunningham, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire qu'il n'y a pas eu en l'espèce violation du droit de garder le silence que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantissait à l'appelant, et que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en concluant que la conversation de l'appelant avec l'agent McGimpsey aurait dû être utilisée en preuve, ou encore en ordonnant la tenue d'un nouveau procès pour le motif que cette conversation aurait, de façon raisonnablement certaine, pu influencer sur le verdict.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Beresh DePoe Cunningham, Edmonton.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

W.H.M. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. M. (W.H.)

File No.: 22285.

1992: April 27.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

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

Criminal law — Evidence — Charge of sexually assaulting child — Standard of proof — Child witness — Credibility.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1990), 87 Nfld. & P.E.I.R. 339, 271 A.P.R. 339, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal by the Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division (1990), 82 Nfld. & P.E.I.R. 285, 257 A.P.R. 285, on charges of indecent assault and sexual assault. Appeal dismissed.

Darrell E. Coombs, for the appellant.

John W. Hennessey, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Hennessey. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Iacobucci.

IACOBUCCI J.—This appeal comes to us as of right. We are all of the view that the appeal should be dismissed. We agree with the conclusions of the majority of the Appeal Division of the Supreme Court of Prince Edward Island that the trial judge made no error of law with respect to the standard

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **W.H.M.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. M. (W.H.)

^b N° du greffe: 22285.

1992: 27 avril.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

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

^d *Droit criminel — Preuve — Accusation d'agression sexuelle contre un enfant — Norme de preuve — Témoin enfant — Crédibilité.*

^e ^f POURVOI contre un arrêt de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1990), 87 Nfld. & P.E.I.R. 339, 271 A.P.R. 339, qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé par la Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (1990), 82 Nfld. & P.E.I.R. 285, 257 A.P.R. 285, relativement à des accusations d'attentat à la pudeur et d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Darrell E. Coombs, pour l'appelante.

^g *John W. Hennessey*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Hennessey. La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge Iacobucci.

ⁱ LE JUGE IACOBUCCI—Ce pourvoi est formé de plein droit devant nous. Nous sommes tous d'avis qu'il doit être rejeté. Nous sommes d'accord avec la conclusion des juges formant la majorité de la Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard que le juge du procès n'a commis

of proof he applied, the proper consideration of the evidence before him, and the issue of credibility of a child witness.

Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: The Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

Solicitors for the respondent: Foster, O'Keefe, Charlottetown.

aucune erreur de droit en ce qui concerne la norme de preuve qu'il a appliquée, l'examen approprié de la preuve dont il était saisi et la question de la crédibilité d'un enfant comme témoin.

En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Procureurs de l'intimé: Foster, O'Keefe, Charlottetown.

Gilles Lefebvre *Appellant*

v.

HOJ Industries Ltd. *Respondent*

and between

Marek Machtinger *Appellant*

v.

HOJ Industries Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: MACHTINGER v. HOJ INDUSTRIES LTD.

File No.: 21586.

1991: November 5.

Rehearing: 1992: March 2; 1992: April 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Employment law — Dismissal without cause — Notice — Employment contracts providing for notice periods less than statutory minimum — Contractual provisions null and void — Whether employees entitled to reasonable notice or to statutory minimum — Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 3, 4, 6, 40(1)(c), (7)(a).

Both appellants began working for the respondent, a car dealer, in 1978, and were discharged in 1985 without cause. At the time they were dismissed M was credit manager and rust-proofing sales manager and L was sales manager. Each had entered into a contract for employment for an indefinite period which contained a clause allowing the respondent to terminate his employment without cause, in M's case without notice and in L's case on two weeks' notice. Under the provincial *Employment Standards Act* the appellants were entitled to a minimum notice period of four weeks. After they were dismissed, the respondent paid each of them the equivalent of four weeks' salary. The trial judge awarded the appellants damages for wrongful dismissal. He found that they were entitled to reasonable notice of termination, and that the period of reasonable notice for M was 7 months and for L, 7½ months. The Court of

Gilles Lefebvre *Appellant*

c.

^a **HOJ Industries Ltd.** *Intimée*

et entre

^b **Marek Machtinger** *Appellant*

c.

^c **HOJ Industries Ltd.** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MACHTINGER c. HOJ INDUSTRIES LTD.

N° du greffe: 21586.

^d 1991: 5 novembre.

Nouvelle audience: 1992: 2 mars; 1992: 30 avril.

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

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

Droit du travail — Licenciement non motivé — Préavis — Contrats de travail stipulant des périodes de préavis plus courtes que le minimum prescrit par la loi — Stipulations contractuelles nulles et sans effet — Les employés ont-ils droit à un préavis raisonnable ou au minimum légal? — Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 3, 4, 6, 40(1)c), 7a).

Les deux appelants ont commencé à travailler pour l'intimée, un concessionnaire d'automobiles, en 1978. En 1985, ils ont été licenciés sans motif. Au moment des licenciements, M était directeur du crédit et directeur des ventes de traitements anti-rouille, tandis que L occupait le poste de directeur des ventes. Chacun avait conclu un contrat prévoyant un emploi d'une durée indéterminée, qui renfermait une clause permettant à l'intimée de procéder au licenciement non motivé, dans le cas de M sans préavis et, dans celui de L sur préavis de deux semaines. Aux termes de la *Loi sur les normes d'emploi* de la province, les appelants avaient droit à un préavis minimal de quatre semaines. Après les avoir licenciés, l'intimée a versé à chacun d'eux l'équivalent de quatre semaines de salaire. Le juge de première instance a accordé aux appelants des dommages-intérêts pour licenciement injustifié. Il a conclu qu'ils avaient droit à

Appeal reversed the judgments. It found that the contractual notice provisions were null and void, but held that the provisions could nonetheless be used as evidence of the parties' intention. Since a term that the contracts could only be terminated on reasonable notice was contrary to the parties' expressed intention, the Court of Appeal found that the appellants were limited to the benefits conferred by the Act and that the respondent had complied with the Act by giving them four weeks' pay in lieu of notice.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Employment contracts for an indefinite period require the employer, absent express contractual language to the contrary, to give reasonable notice of an intention to terminate the contract if the dismissal is without cause. For purposes of this appeal, this common law principle of termination only on reasonable notice should be characterized as a presumption, rebuttable if the contract clearly specifies some other period of notice, whether expressly or impliedly. What constitutes reasonable notice will vary with the circumstances of each case and will depend on the character of the employment, the length of service, the employee's age and the availability of similar employment having regard to the employee's experience, training and qualifications.

Neither the minimum notice periods set out in the *Employment Standards Act* nor the terms of the two employment contracts operate to displace the common law presumption of reasonable notice. Section 6 states that the Act does not affect the right of an employee to seek a civil remedy from his or her employer, and under s. 4(2) a "right, benefit, term or condition of employment under a contract" that provides a greater benefit to an employee prevails over the standards in the Act. The effect of ss. 3 and 4 of the Act is to make any attempt to contract out of the minimum employment standards of the Act by providing for lesser benefits "null and void". The two contracts at issue here specify notice periods shorter than the statutory minimum, and the termination clauses are thus null and void, and cannot be used as evidence of the parties' intention.

un préavis raisonnable de licenciement et que la période du préavis était de 7 mois dans le cas de M et de 7 mois 1/2 dans le cas de L. Les jugements ont été infirmés par la Cour d'appel, qui a déclaré nulles et sans effet les stipulations contractuelles relatives au préavis, mais a dit qu'elles pouvaient néanmoins servir de preuve de l'intention des parties. Puisqu'une stipulation selon laquelle les contrats ne pouvaient être résiliés que sur préavis raisonnable allait à l'encontre de l'intention exprimée par les parties, la Cour d'appel a conclu que les appelants ne pouvaient bénéficier que des avantages conférés par la Loi et que l'intimée s'était conformée à celle-ci en leur versant quatre semaines de salaire tenant lieu de préavis.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: Un contrat de travail pour une période indéterminée impose à l'employeur, à moins que le contrat ne stipule expressément le contraire, l'obligation de donner un préavis raisonnable de son intention de le résilier s'il s'agit d'un licenciement non motivé. Aux fins du pourvoi, ce principe de common law voulant qu'il ne puisse y avoir licenciement que sur préavis raisonnable doit être qualifié de présomption. Cette présomption est susceptible de réfutation si le contrat de travail prévoit clairement, de façon expresse ou implicite, une autre période de préavis. Quant à savoir ce qui constitue un préavis raisonnable, cela varie en fonction des circonstances de chaque cas et dépend de la nature de l'emploi, de la durée du service de l'employé, de l'âge de celui-ci et de la possibilité d'obtenir un poste analogue compte tenu de l'expérience, de la formation et des compétences de l'employé.

Ni les périodes minimales de préavis établies par la *Loi sur les normes d'emploi* ni les stipulations des deux contrats de travail ne jouent de manière à écarter la présomption de common law d'un préavis raisonnable. L'article 6 dispose que la Loi ne porte pas atteinte au droit d'un employé d'exercer un recours civil contre son employeur, et, suivant le par. 4(2), un «droit accordé, un avantage consenti ou une condition d'emploi prévue par un contrat» qui confère à l'employé un avantage supérieur prévaut sur les normes énoncées dans la Loi. Les articles 3 et 4 de la Loi opèrent de manière à rendre «nul[le] et sans effet» toute tentative de se soustraire aux normes d'emploi minimales établies dans la Loi en stipulant dans le contrat des avantages inférieurs. Or, les deux contrats en cause prévoient des périodes de préavis moins longues que le minimum légal. Les clauses relatives au licenciement sont en conséquence nulles et sans effet et ne peuvent servir de preuve de l'intention des parties.

Policy considerations support the conclusion that where an employment contract fails to comply with the minimum notice periods set out in the Act, the employee can only be dismissed without cause if he or she is given reasonable notice of termination. An interpretation of the Act which encourages employers to comply with its minimum requirements, and so extends the Act's protection to as many employees as possible, is to be favoured over one that does not. If the only sanction which employers potentially face for failure to respect the minimum notice periods is an order that they comply with the Act, they will have little incentive to make contracts with their employees that meet the statutory standards. Many individual employees are unaware of their legal rights, and employers can rely on the fact that they will not challenge contractual notice periods below the statutory minimum. It is more consistent with the objects of the Act to take the approach that, if an employment contract fails to comply with the minimum statutory notice provisions, then the presumption of reasonable notice will not have been rebutted.

Per McLachlin J.: Iacobucci J.'s reasons were substantially agreed with, subject to the following comments. Resolution of this case necessarily involves an examination of the principles of law governing implied contractual terms and, in particular, the role to be assigned to the intention of the parties in determining the term to be implied. To succeed in an action for breach of a contract of employment, a plaintiff must establish the existence of a term of the contract entitling him to reasonable notice of termination, and that the term was breached by the employer. A presumption is simply an evidentiary technique and in this case must operate so as to presume the existence of a term of reasonable notice in the contract. The intention of the contracting parties is relevant to terms implied as a matter of fact, but not to those implied as a matter of law, and requirements for reasonable notice in employment contracts fall into the category of terms implied by law. The employer's legal obligation to give reasonable notice of termination can be displaced only by an express contrary agreement, and there is no contrary agreement here, the Act having rendered the notice provisions in the contracts null and void.

Des considérations de principe appuient la conclusion que, lorsqu'un contrat de travail n'accorde pas la période minimale de préavis prescrite dans la Loi, l'employé ne peut être licencié sans motif que moyennant un préavis raisonnable de licenciement. Une interprétation de la Loi qui encouragerait les employeurs à se conformer aux exigences minimales de celle-ci et qui ferait ainsi bénéficier de sa protection le plus grand nombre d'employés possible est à préférer à une interprétation qui n'a pas un tel effet. Si, en n'observant pas les prescriptions relatives aux périodes minimales de préavis, les employeurs ne risquent pas d'encourir d'autre sanction qu'une ordonnance les obligeant à se conformer à la Loi, ils auront fort peu intérêt à conclure avec leurs employés des contrats conformes aux normes légales. Bien des employés ignorent leurs droits et les employeurs peuvent compter sur le fait qu'ils ne contesteront pas des dispositions contractuelles établissant des périodes de préavis inférieures au minimum prévu dans la loi. Une approche qui s'accorderait davantage avec les objets de la Loi est celle voulant que, dans un cas où le contrat de travail ne respecte pas les exigences minimales de la loi touchant le préavis, la présomption relative au préavis raisonnable n'aura pas été détruite.

Le juge McLachlin: Sous réserve des observations suivantes, le juge McLachlin souscrit pour l'essentiel aux motifs du juge Iacobucci. Le règlement du présent litige nécessite qu'on examine les principes de droit régissant les conditions implicites des contrats et, en particulier, l'importance à attacher à l'intention des parties pour déterminer la condition implicite à introduire. Pour obtenir gain de cause dans une action pour inexécution d'un contrat de travail, un demandeur doit établir l'existence dans le contrat d'une condition lui donnant droit à un préavis raisonnable de licenciement et la violation de cette condition par l'employeur. Une présomption n'est rien d'autre qu'une technique en matière de preuve et doit permettre en l'espèce de présumer l'existence dans le contrat d'une condition stipulant un préavis raisonnable. L'intention des parties contractantes est pertinente relativement aux conditions implicites découlant des faits, mais non relativement à celles qui sont implicites en droit, et l'exigence d'un préavis raisonnable dans les contrats de travail entre dans la catégorie des conditions implicites en droit. L'obligation légale de l'employeur de donner un préavis raisonnable de licenciement ne peut être écartée que par un accord exprès à cet effet et il n'y en a pas en l'espèce, puisque la Loi a rendu nulles et sans effet les dispositions des contrats relatives au préavis.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *Collins v. Kappele* (1983), 3 C.C.E.L. 228; *Pickup v. Litton Business Equipment Ltd.* (1983), 3 C.C.E.L. 266; *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; *Carter v. Bell & Sons (Canada) Ltd.*, [1936] O.R. 290; *Prozak v. Bell Telephone Co. of Canada* (1984), 46 O.R. (2d) 385; *Rover International Ltd. v. Cannon Film Sales Ltd.*, [1989] 1 W.L.R. 912; *Erlund v. Quality Communication Products Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 476; *James v. Thomas H. Kent & Co.*, [1950] 2 All E.R. 1099; *Suleman v. British Columbia Research Council* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 208; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711.

By McLachlin J.

Considered: *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, varying [1976] 1 Q.B. 319; **referred to:** *Allison v. Amoco Production Co.*, [1975] 5 W.W.R. 501; *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] A.C. 80, rev'g [1984] 1 Lloyd's Rep. 555; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 55; *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] A.C. 534.

Statutes and Regulations Cited

Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 1, 2, 3, 4, 6, 40(1)(c), (7)(a) [rep. & sub. 1981, c. 22, s. 1(3)].

Interpretation Act, R.S.O. 1980, c. 219, s. 10.

Statute of Artificers (U.K.), 5 Eliz. 1, c. 4.

Authors Cited

Christie, Innis. *Employment Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

Etherington, Brian. "The Enforcement of Harsh Termination Provisions in Personal Employment Contracts: The Rebirth of Freedom of Contract in Ontario" (1990), 35 *McGill L.J.* 459.

Freedland, M. R. *The Contract of Employment*. Oxford: Clarendon Press, 1976.

Jacoby, Sanford M. "The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis" (1982), 5 *Comp. Lab. L.J.* 85.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Collins c. Kappele* (1983), 3 C.C.E.L. 228; *Pickup c. Litton Business Equipment Ltd.* (1983), 3 C.C.E.L. 266; *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; *Carter c. Bell & Sons (Canada) Ltd.*, [1936] O.R. 290; *Prozak c. Bell Telephone Co. of Canada* (1984), 46 O.R. (2d) 385; *Rover International Ltd. c. Cannon Film Sales Ltd.*, [1989] 1 W.L.R. 912; *Erlund c. Quality Communication Products Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 476; *James c. Thomas H. Kent & Co.*, [1950] 2 All E.R. 1099; *Suleman c. British Columbia Research Council* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 208; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711.

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Liverpool City Council c. Irwin*, [1977] A.C. 239, mod. [1976] 1 Q.B. 319; **arrêts mentionnés:** *Allison c. Amoco Production Co.*, [1975] 5 W.W.R. 501; *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. c. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] A.C. 80, inf. [1984] 1 Lloyd's Rep. 555; *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 55; *Sterling Engineering Co. c. Patchett*, [1955] A.C. 534.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.O. 1980, ch. 219, art. 10.

Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 1, 2, 3, 4, 6, 40(1)(c), (7)(a) [abr. & rempl. 1981, ch. 22, art. 1(3)].

Statute of Artificers (R.-U.), 5 Eliz. 1, ch. 4.

Doctrines citées

Christie, Innis. *Employment Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1980.

Etherington, Brian. «The Enforcement of Harsh Termination Provisions in Personal Employment Contracts: The Rebirth of Freedom of Contract in Ontario» (1990), 35 *R.D. McGill* 459.

Freedland, M. R. *The Contract of Employment*. Oxford: Clarendon Press, 1976.

Jacoby, Sanford M. «The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis» (1982), 5 *Comp. Lab. L.J.* 85.

Swinton, Katherine. "Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform". In Barry J. Reiter and John Swan, eds., *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980, 357.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 7th ed. London: Stevens: Sweet & Maxwell, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 66 O.R. (2d) 545, 55 D.L.R. (4th) 401, 31 O.A.C. 1, 23 C.C.E.L. 77, reversing judgments of Hollingworth J. awarding appellants damages for wrongful dismissal. Appeal allowed.

Howard A. Levitt, Constance C. Olsheski and Stacey R. Ball, for the appellants.

John R. Sproat, for the respondent.

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

IACOBUCCI J.—This appeal concerns the contractual rights of employees who are dismissed without cause by their employers. Specifically, where a contract of employment provides for notice periods less than the minimum prescribed by the applicable employment standards legislation, which in this case is the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137 (the "Act"), and absent any claims of unconscionability or oppression, is an employee entitled to reasonable notice of dismissal, or to the minimum statutory notice period? The answer to this question is of considerable importance to employees.

Indeed, it has been pointed out that the law governing the termination of employment significantly affects the economic and psychological welfare of employees. See K. Swinton, "Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform", in B. J. Reiter and J. Swan, eds., *Studies in Contract Law* (1980) 357, at pp. 360-61 (footnotes omitted):

Swinton, Katherine. «Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform». In Barry J. Reiter and John Swan, eds., *Studies in Contract Law*. Toronto: Butterworths, 1980, 357.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 7th ed. London: Stevens: Sweet & Maxwell, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 66 O.R. (2d) 545, 55 D.L.R. (4th) 401, 31 O.A.C. 1, 23 C.C.E.L. 77, qui a infirmé des décisions du juge Hollingworth accordant aux appelants des dommages-intérêts pour licenciement injustifié. Pourvoi accueilli.

Howard A. Levitt, Constance C. Olsheski et Stacey R. Ball, pour les appelants.

John R. Sproat, pour l'intimée.

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

LE JUGE IACOBUCCI—Le présent pourvoi concerne les droits contractuels des employés en cas de renvoi non motivé par leur employeur. Plus précisément, la question est de savoir si, dans un cas où un contrat de travail stipule des périodes de préavis moins longues que le minimum prescrit par la législation applicable en matière de normes d'emploi, en l'occurrence la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137 (la «Loi»), et en l'absence de toute allégation d'iniquité ou d'oppression, un employé a droit à un préavis raisonnable de licenciement ou bien au préavis minimal prévu par la loi. La réponse à cette question revêt une importance considérable pour les employés.

En fait, on a souligné que le droit régissant le licenciement influe fortement sur le bien-être matériel et psychologique des employés. Voir K. Swinton, «Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform», dans B. J. Reiter et J. Swan, dir., *Studies in Contract Law* (1980) 357, aux pp. 360 et 361 (notes en bas de page supprimées):

The law governing termination of employment is obviously of significant importance to an individual worker, for the degree of job security which he is assured depends upon the ease with which the law allows his employer to terminate his employment. Discharge has serious financial ramifications for the individual in that it puts an end to remuneration, as well as to less quantifiable economic benefits such as accrued seniority. Discharge can have ongoing financial effects, as well, for the reason given for termination (if any) may affect accessibility to future jobs as well as entitlement to government benefits such as unemployment insurance. The psychological effects of discharge are also important, because of the disruption in the individual's life caused by seeking new employment and establishing himself in a new environment.

I. Facts

The two appellants were employed by the respondent HOJ Industries Ltd., which was a new and used car dealer. The appellant Marek Machtinger ("Machtinger") began working as a car salesperson for the respondent in 1978. Machtinger was continuously employed by the respondent except for a three-month period in 1980. On June 24, 1985, Machtinger was dismissed by the respondent, which has not alleged that it had cause for dismissal. At the time Machtinger was dismissed, he was credit manager and rust-proofing sales manager for the respondent. His earnings in his last full year of employment were \$85,342.36. The appellant Gilles Lefebvre ("Lefebvre") also began working for the respondent in 1978. He also was discharged on June 24, 1985, and again the respondent has not alleged that it had cause to dismiss him. Lefebvre was sales manager for the respondent at the time of his dismissal. In his last full year of employment his earnings were \$74,220.79.

At issue in this case are the contracts of employment entered into between the appellants and the respondent. Machtinger entered into two contracts with the respondent. The second contract, dated January 11, 1985, was for employment for an

[TRADUCTION] Le droit applicable au licenciement est évidemment d'une grande importance pour un travailleur, car le degré de sécurité de son emploi tient à la facilité avec laquelle il peut légalement être renvoyé par son employeur. Le licenciement a de graves conséquences financières pour le particulier en ce sens qu'il met fin à la rémunération de ce dernier ainsi qu'à d'autres avantages économiques, plus difficilement quantifiables, tels que l'ancienneté acquise. De plus, les effets pécuniaires du licenciement risquent de se prolonger puisque le motif (s'il en est) invoqué pour cette mesure influera peut-être sur les possibilités d'obtenir de futurs emplois et sur le droit à des allocations gouvernementales telles que les prestations d'assurance-chômage. Les effets psychologiques du renvoi sont également importants étant donné les perturbations que causent dans la vie d'une personne la recherche d'un nouvel emploi et l'adaptation à un nouveau milieu.

d I. Les faits

Les deux appelants étaient employés de l'intimée HOJ Industries Ltd., une entreprise de vente d'automobiles neuves et d'occasion. L'appelant Marek Machtinger («Machtinger») a été engagé par l'intimée comme vendeur d'automobiles en 1978. À l'exception d'une période de trois mois en 1980, il a par la suite travaillé pour l'intimée de façon ininterrompue. Le 24 juin 1985, Machtinger a été licencié par l'intimée, qui ne prétend pas que le licenciement était motivé. À ce moment-là, Machtinger occupait chez l'intimée les postes de directeur du crédit et directeur des ventes de traitements antirouille. Sa rémunération pour sa dernière année complète de travail s'élevait à 85 342,36 \$. L'appelant Gilles Lefebvre («Lefebvre») a lui aussi commencé à travailler pour l'intimée en 1978 et été licencié le 24 juin 1985. L'intimée n'allègue pas dans son cas non plus que le licenciement était motivé. Directeur des ventes de l'intimée au moment de son licenciement, Lefebvre a touché un salaire de 74 220,79 \$ pour sa dernière année complète de travail.

Le présent litige porte sur les contrats de travail intervenus entre les appelants et l'intimée. Machtinger a conclu deux contrats avec celle-ci. Le second, daté du 11 janvier 1985, prévoyait un emploi d'une durée indéterminée. C'est la disposi-

indefinite period. The relevant portion of the contract is the termination provision, which reads as follows:

Termination—Employer may terminate employment at any time without notice for cause. Otherwise, Employer may terminate employment on giving Employee 0 weeks notice or salary (which does not include bonus) in lieu of notice. Bonus, if any, will be calculated and payable only to the date of the giving of notice of termination.

The contract is on a preprinted form, with a blank space left for the notice period. The digit zero has been handwritten in the blank space.

The relevant contract between the respondent and Lefebvre was dated January 10, 1985, and was also for an indefinite period. The termination clause is in every respect identical to that in the document signed by Machtinger, except that the period of notice for termination without cause is two weeks, that is, the word “two” has been handwritten into the space left blank for the notice period.

The appellants acknowledged at trial that, save for the effect of the provisions of the Act, the termination provisions were valid. The appellants make no allegations of unconscionability or oppressive acts on behalf of the respondent. After Lefebvre and Machtinger were dismissed, the respondent paid each of them the equivalent of four weeks' salary.

II. Judgments Below

A. *Supreme Court of Ontario*

The two cases were tried before Hollingworth J. on April 9 and 10, 1987. On April 9, 1987 Hollingworth J. made a preliminary ruling on the standard for determining the appropriate notice period in each case. The issue was whether the payment of four weeks' salary in lieu of notice to Machtinger and Lefebvre was sufficient, or whether Machtinger and Lefebvre were entitled to what would be considered reasonable notice at common law.

tion de licenciement qui est pertinente en l'espèce. Elle est ainsi conçue:

[TRADUCTION] Licenciement—L'employeur peut mettre fin à l'emploi à n'importe quel moment, sans préavis, si le renvoi est motivé. Sinon, l'employeur peut mettre fin à l'emploi moyennant un préavis de 0 semaine ou le versement du salaire (prime non comprise) en tenant lieu. La prime, s'il en est, ne se calcule et n'est payée que pour la période allant jusqu'à la date du préavis de licenciement.

Le contrat consiste en un formulaire avec un blanc pour la période de préavis. Ce blanc a été rempli par le chiffre «zéro» inscrit à la main.

Le contrat pertinent entre l'intimée et Lefebvre porte la date du 10 janvier 1985 et vise également une période indéterminée. Sa disposition de licenciement est en tous points identique à celle figurant dans le document signé par Machtinger, à cette seule exception près qu'elle prévoit un préavis de deux semaines dans le cas du licenciement non motivé, c'est-à-dire que le mot «deux» a été écrit à la main dans le blanc prévu pour la période de préavis.

Les appelants ont convenu en première instance que, abstraction faite des dispositions de la Loi, les clauses de licenciement étaient valides. Ils ne taxent l'intimée ni d'iniquité ni d'oppression. Après les avoir licenciés, l'intimée a versé à Lefebvre et à Machtinger l'équivalent de quatre semaines de salaire.

II. Les jugements des juridictions inférieures

h A. *Cour suprême de l'Ontario*

Les deux causes ont été entendues par le juge Hollingworth les 9 et 10 avril 1987. Le 9 avril, il a rendu une décision préliminaire sur la norme à appliquer pour déterminer le préavis qu'il convenait de donner dans chaque cas. La question était de savoir si le salaire de quatre semaines tenant lieu de préavis versé à Machtinger et à Lefebvre était suffisant ou s'ils avaient droit à ce qui serait considéré comme un préavis raisonnable en common law.

Hollingworth J. held that Lefebvre and Machtlinger were entitled to reasonable notice of termination. Relying on two Ontario County Court decisions, *Collins v. Kappele* (1983), 3 C.C.E.L. 228 and *Pickup v. Litton Business Equipment Ltd.* (1983), 3 C.C.E.L. 266, the learned trial judge held that the termination clauses in the two contracts were invalid because they did not comply with the minimum notice period of four weeks required by the Act. In holding that the appellants were entitled to reasonable notice, Hollingworth J. also relied on s. 6 of the Act, which provides that the civil remedies of an employee are not affected by the Act.

Hollingworth J. delivered his judgment orally on April 10, 1987. At the outset, he rejected the argument that the period of reasonable notice should be reduced because the present appellants had signed contracts in which they agreed to very short notice periods. The respondent had argued following *Pickup, supra*, that the period of notice should be reduced by 25 percent because Machtlinger and Lefebvre had agreed to very short notice periods. Hollingworth J. found that this case could be distinguished from *Pickup* because the termination clauses in this case were "unconscionable".

Following *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (Ont. H.C.), Hollingworth J. held that the period of reasonable notice for Machtlinger was 7 months, and for Lefebvre, 7½ months. He left the quantum of damages to be agreed between the parties.

B. *Ontario Court of Appeal* (1988), 66 O.R. (2d) 545

The unanimous judgment of the Ontario Court of Appeal allowing the respondent's appeal was delivered by Howland C.J.O. (Goodman and Robins J.J.A. concurring). The Court of Appeal found that, although the attempt of the parties to contract

Le juge Hollingworth a conclu que Lefebvre et Machtlinger avaient droit à un préavis raisonnable de licenciement. S'appuyant sur *Collins c. Kappele* (1983), 3 C.C.E.L. 228, et *Pickup c. Litton Business Equipment Ltd.* (1983), 3 C.C.E.L. 266, deux décisions de la Cour de comté de l'Ontario, le savant juge de première instance a conclu à l'invalidité des clauses de licenciement contenues dans les deux contrats parce qu'elles ne respectaient pas l'exigence minimale d'un préavis de quatre semaines établie dans la Loi. Pour statuer que les appelants avaient droit à un préavis raisonnable, le juge Hollingworth s'est fondé en outre sur l'art. 6 de la Loi suivant lequel celle-ci ne porte pas atteinte aux recours civils dont dispose un employé.

Le juge Hollingworth a rendu son jugement oralement le 10 avril 1987. Il a rejeté au départ l'argument selon lequel la période de préavis raisonnable devrait être réduite du fait que les appelants en l'espèce avaient signé des contrats dans lesquels ils acceptaient des périodes de préavis très courtes. Invoquant la décision *Pickup*, précitée, l'intimée avait fait valoir qu'il convenait de réduire de 25 pour 100 la période de préavis vu que Machtlinger et Lefebvre avaient donné leur acquiescement à de très courtes périodes de préavis. Le juge Hollingworth a conclu qu'une distinction pouvait être faite avec la décision *Pickup* en raison du caractère [TRADUCTION] «inique» des clauses de licenciement dont il s'agit en l'espèce.

Suivant la décision *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H.C. Ont.), le juge Hollingworth a dit que les périodes de préavis raisonnable étaient de 7 mois dans le cas de Machtlinger et de 7 mois ½ dans celui de Lefebvre. Il a laissé aux parties le soin de s'entendre sur le montant des dommages-intérêts.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1988), 66 O.R. (2d) 545

La décision unanime de la Cour d'appel de l'Ontario accueillant l'appel de l'intimée a été rendue par le juge en chef Howland (avec l'appui des juges Goodman et Robins). La Cour d'appel a conclu que, bien que la tentative des parties de stipuler

for a period of notice less than the minimum required by the Act was necessarily null and void, the course of dealing between the parties and the terms of the contract provided evidence from which the intention of the parties could be inferred. Howland C.J.O. found that the parties had never intended that there should be a period of 7 or 7½ months' notice (at pp. 549-50):

In my opinion, a term should not be implied that a contract of employment could only be terminated on reasonable notice where the parties have by agreement over a period of time expressly provided for either no notice or for two weeks' notice. While the express termination provisions are null and void under the *Employment Standards Act*, there is evidence before the court as to the prior dealings between the parties and the existence of employment contracts whose terms represented the agreement of the parties. In those circumstances, a term requiring reasonable notice should not be implied. The parties never intended that there should have been a period of seven or seven and one-half months' notice.

Howland C.J.O. held that *Pickup, supra*, was not good law, and distinguished *Collins, supra*, on the grounds that in that case the circumstances had so changed over the course of the plaintiff's employment that "the whole substratum of the contract disappeared" (at p. 551).

In the absence of an implied term of reasonable notice in the two contracts, Howland C.J.O. held that Machtinger and Lefebvre were limited to the benefits conferred by the Act. The minimum period of notice being fixed at four weeks by s. 40(1)(c) of the Act, Howland C.J.O. held that the respondent had complied with the Act by paying Machtinger and Lefebvre four weeks' pay in lieu of notice.

III. Statutory Provisions

Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137

une période de préavis moins longue que le minimum prescrit par la Loi est nécessairement nulle et sans effet, les relations entre les parties et les conditions du contrat constituaient des éléments de preuve dont il est possible de déduire l'intention des parties. Le juge en chef Howland a donc décidé que ces dernières n'ont jamais envisagé un préavis de 7 mois ou de 7 mois ½ (aux pp. 549 et 550):

[TRADUCTION] À mon avis, il ne faut pas conclure à l'existence d'une condition implicite selon laquelle un contrat de travail ne peut être résilié que sur préavis raisonnable dans un cas où les parties, au cours d'une certaine période, se sont entendues sur une stipulation portant expressément qu'aucun préavis ne serait donné ou que le préavis serait de deux semaines. Les clauses de licenciement expresses sont nulles et sans effet aux termes de la *Loi sur les normes d'emploi*, mais la cour dispose d'éléments de preuve touchant les rapports antérieurs entre les parties et établissant l'existence de contrats de travail dont les conditions traduisaient l'accord des volontés des parties. Il n'y a pas lieu dans ces circonstances de conclure à l'existence d'une condition implicite exigeant un préavis raisonnable. Les parties n'ont jamais envisagé un préavis de 7 mois ou de 7 mois ½.

Le juge en chef Howland a dit que la décision *Pickup*, précitée, était entachée d'erreur et il a fait une distinction d'avec la décision *Collins*, précitée, puisque dans cette dernière affaire la situation avait tellement changé au cours de la durée de l'emploi du demandeur que [TRADUCTION] «le fondement du contrat avait complètement disparu» (à la p. 551).

En l'absence dans les deux contrats d'une condition implicite stipulant un préavis raisonnable, le juge en chef Howland a dit que Machtinger et Lefebvre ne pouvaient bénéficier que des avantages conférés par la Loi. Il a conclu que, comme l'al. 40(1)c) prescrit un préavis minimal de quatre semaines, l'intimée s'est conformée à la Loi en versant à Machtinger et à Lefebvre quatre semaines de salaire tenant lieu de préavis.

III. Les dispositions législatives

Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137

1. In this Act,

1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

(e) "employment standard" means a requirement imposed upon an employer in favour of an employee by this Act or the regulations;

^a «norme d'emploi» Exigence que la présente loi ou les règlements imposent à un employeur dans l'intérêt d'un employé.

2. ...

2 ...

(2) This Act applies to every contract of employment, oral or written, express or implied,

^b (2) La présente loi s'applique à tout contrat de travail, verbal ou écrit, exprès ou implicite:

(a) where the employment is for work or services to be performed in Ontario; or

a) lorsque l'emploi consiste à exécuter un travail ou à rendre des services en Ontario;

(b) where the employment is for work or services to be performed both in and out of Ontario and the work or services out of Ontario are a continuation of the work or services in Ontario.

^c b) lorsque l'emploi consiste à exécuter un travail ou à rendre des services en Ontario ainsi qu'à l'extérieur de la province et que le travail exécuté ou les services rendus à l'extérieur de la province sont une prolongation de l'emploi en Ontario.

3. Subject to section 4, no employer, employee, employers' organization or employees' organization shall contract out of or waive an employment standard, and any such contracting out or waiver is null and void.

^d 3 Sous réserve de l'article 4, l'employeur, l'employé ou l'association d'employeurs ou d'employés ne doit pas se soustraire à une norme d'emploi au moyen d'un contrat ou d'une renonciation. Tout acte de ce genre est nul et sans effet.

4. (1) An employment standard shall be deemed a minimum requirement only.

^e 4 (1) La norme d'emploi est réputée n'être qu'une exigence minimale.

(2) A right, benefit, term or condition of employment under a contract, oral or written, express or implied, or under any other Act or any schedule, order or regulation made thereunder that provides in favour of an employee a higher remuneration in money, a greater right or benefit or lesser hours of work than the requirement imposed by an employment standard shall prevail over an employment standard.

^f (2) Un droit accordé, un avantage consenti ou une condition d'emploi prévue par un contrat, verbal ou écrit, exprès ou implicite, ou en application d'une autre loi ou en vertu d'une annexe établie, d'une ordonnance rendue ou d'un règlement pris sous l'autorité d'une autre loi, qui prévoit, dans l'intérêt d'un employé, une rémunération en espèces, un droit ou un avantage supérieurs à l'exigence imposée par une norme d'emploi ou un nombre d'heures de travail inférieur à cette exigence, prévaut sur une norme d'emploi.

6. No civil remedy of an employee against his employer is suspended or affected by this Act.

^g 6 (1) La présente loi ne suspend pas les recours civils dont dispose un employé contre son employeur ni n'y porte atteinte.

40. (1) No employer shall terminate the employment of an employee who has been employed for three months or more unless he gives,

^h 40 (1) Aucun employeur ne doit licencier un employé qui travaille pour lui depuis trois mois ou plus à moins de lui donner:

(c) four weeks notice in writing to the employee if his period of employment is five years or more but less than ten years;

ⁱ c) un préavis écrit de quatre semaines si sa période d'emploi est de cinq ans ou plus mais de moins de dix ans;

j

and such notice has expired.

(7) Where the employment of an employee is terminated contrary to this section,

- (a) the employer shall pay termination pay in an amount equal to the wages that the employee would have been entitled to receive at his regular rate for a regular non-overtime work week for the period of notice prescribed by subsection (1) . . . and any wages to which he is entitled;

IV. Issue on Appeal

This appeal raises one issue, namely:

If an employment contract stipulates a period of notice less than that required by the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137, is an employee who is dismissed without cause entitled to reasonable notice of termination, or to the minimum period of notice required by the Act?

V. Analysis

A. *Introduction*

At least on their face, the two contracts at issue in this case represent attempts to contract out of the minimum notice periods required by the Act. Under these circumstances, the question posed by this appeal is deceptively simple: of what significance is an attempt to contract out of the minimum notice requirements of the Act?

Howland C.J.O. held that, although the contractual terms were in breach of the Act, they were nonetheless relevant to determining the intention of the parties as to what the notice period should be. Specifically, Howland C.J.O. held that the terms of the contracts entered into by the parties were such as to make it unnecessary and improper for the court to imply a term of reasonable notice. Instead, Howland C.J.O. gave effect to the intention of the parties, as evidenced by the terms of the contracts they entered into, and held that the appellants were entitled only to the minimum notice period set out in the Act.

et avant le terme de la période de ce préavis.

(7) Si un employé est licencié contrairement au présent article:

- a) l'employeur lui verse une indemnité de licenciement égale au salaire que l'employé aurait eu le droit de recevoir à son taux normal pour une semaine normale de travail sans heures supplémentaires pendant la période de préavis fixée par le paragraphe (1) [. . .], de même que tout salaire auquel il a droit;

IV. La question en litige

L'unique question qui se pose dans le présent pourvoi est la suivante:

Si un contrat de travail stipule une période de préavis plus courte que celle prescrite par la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137, un employé licencié sans motif a-t-il droit à un préavis raisonnable de licenciement ou bien au préavis minimal exigé par la Loi?

V. Analyse

A. *Introduction*

À première vue du moins, les deux contrats en cause en l'espèce représentent des tentatives de se soustraire aux périodes minimales de préavis prescrites dans la Loi. Dans ces circonstances, la question soulevée par le présent pourvoi est d'une simplicité trompeuse: quelle est l'importance d'une tentative de se soustraire, au moyen d'un contrat, aux exigences minimales quant au préavis posées dans la Loi?

D'après le juge en chef Howland, bien que les conditions du contrat contreviennent à la Loi, elles sont néanmoins pertinentes pour déterminer l'intention des parties quant à la période de préavis. Il a dit en particulier que les conditions des contrats intervenus entre les parties faisaient qu'il n'était ni nécessaire ni convenable que la cour conclue à l'existence d'une condition implicite stipulant un préavis raisonnable. Il s'en est donc tenu à l'intention des parties manifestée par les conditions des contrats intervenus entre elles et a statué que les appelants n'avaient droit qu'au préavis minimal prescrit dans la Loi.

With respect, I cannot agree with the reasoning of the Chief Justice of Ontario, and I have come to the conclusion that the appeal must be allowed. I divide my analysis into three parts. In the first part, I discuss the common law presumption that reasonable notice is required to terminate contracts of employment for an indefinite term. In the second part, I review the impact of the provisions of the Act on the two contracts at issue in this appeal. Finally, I turn to a consideration of the policy dimensions of the issue before us.

B. Reasonable Notice at Common Law

The history of the common law principle that a contract for employment for an indefinite period is terminable only if reasonable notice is given is a long and interesting one, going back at least to 1562 and the *Statute of Artificers*, 5 Eliz. 1, c. 4. The *Statute of Artificers* prohibited employers from dismissing their servants unless sufficient cause had been shown before two justices of the peace: see S. M. Jacoby, "The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis" (1982), 5 *Comp. Lab. L.J.* 85, at p. 88. By the middle of the nineteenth century, however, English courts were beginning to imply a term into contracts of employment that the contract could be terminated without cause provided that reasonable notice was given. Although it was initially necessary to prove the incorporation of a custom of termination on reasonable notice into the contract in each particular case, the English courts gradually came to accept reasonable notice as a contractual term to be implied in the absence of evidence to the contrary: M. R. Freedland, *The Contract of Employment* (1976), at pp. 151-54. In Canada, it has been established since at least 1936 that employment contracts for an indefinite period require the employer, absent express contractual language to the contrary, to give reasonable notice of an intention to terminate the contract if the dismissal is without cause: *Carter v. Bell & Sons (Canada) Ltd.*, [1936] O.R. 290 (C.A.).

Avec égards, je ne puis souscrire au raisonnement du juge en chef de l'Ontario et j'en suis venu à la conclusion que le pourvoi doit être accueilli. Mon analyse se divise en trois parties. Dans la première, je traite de la présomption de common law selon laquelle un préavis raisonnable est nécessaire pour mettre fin à un contrat de travail pour une durée indéterminée. Dans la deuxième, j'étudie les répercussions de la Loi sur les deux contrats en cause. En dernier lieu, j'examine la question en litige sous l'aspect des considérations de principe.

B. Le préavis raisonnable en common law

Le principe de common law voulant qu'un contrat de travail pour une durée indéterminée ne soit susceptible de résiliation que sur préavis raisonnable a connu une évolution longue et intéressante. En effet, il remonte au moins à 1562, année de l'adoption de la *Statute of Artificers*, 5 Eliz. 1, ch. 4, qui n'autorisait les employeurs à renvoyer leurs employés que s'ils avaient établi l'existence d'un motif suffisant devant deux juges de paix: voir S. M. Jacoby, «The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis» (1982), 5 *Comp. Lab. L.J.* 85, à la p. 88. Dès le milieu du XIX^e siècle, toutefois, les tribunaux anglais commençaient à introduire dans les contrats de travail une condition implicite permettant la résiliation non motivée pourvu que soit donné un préavis raisonnable. Bien qu'il ait été nécessaire au début de prouver dans chaque cas l'incorporation dans le contrat d'une coutume de résiliation sur préavis raisonnable, les tribunaux anglais en sont graduellement venus à accepter l'exigence d'un préavis raisonnable comme faisant implicitement partie du contrat en l'absence d'une preuve contraire: M. R. Freedland, *The Contract of Employment* (1976), aux pp. 151 à 154. Au Canada, il est constant depuis au moins 1936 qu'un contrat de travail pour une période indéterminée impose à l'employeur, à moins que le contrat ne stipule expressément le contraire, l'obligation de donner un préavis raisonnable de son intention de le résilier s'il s'agit d'un licenciement non motivé: *Carter c. Bell & Sons (Canada) Ltd.*, [1936] O.R. 290 (C.A.).

The parties devoted considerable attention in argument before us to the law governing the implication of contractual terms, and specifically to the relevance of the intention of the parties to the implication of a term of reasonable notice of termination in employment contracts. The relationship between intention and the implication of contractual terms is complex, and I am of the opinion that this appeal can and should be resolved on narrower grounds. For the purposes of this appeal, I would characterize the common law principle of termination only on reasonable notice as a presumption, rebuttable if the contract of employment clearly specifies some other period of notice, whether expressly or impliedly.

This is the approach taken by Freedland, *supra*, who states that, "the pattern of contract now generally accepted and applied by the courts in the absence of evidence to the contrary is one of employment for an indefinite period terminable by either party upon reasonable notice, but only upon reasonable notice" (p. 153). The same approach was adopted by the Ontario Court of Appeal in *Prozak v. Bell Telephone Co. of Canada* (1984), 46 O.R. (2d) 385. Writing for the court, Goodman J.A. noted at p. 399 that, "if a contract of employment makes no express or specifically implied provision for its duration or termination, there is likely to be implied at common law a presumption that the contract is for an indefinite period and terminable by a reasonable notice given by either party. . .". Basically, this is also the approach taken by I. Christie, in *Employment Law in Canada* (1980), at p. 347.

What constitutes reasonable notice will vary with the circumstances of any particular case. The most frequently cited enumeration of factors relevant to the assessment of reasonable notice is from the judgment of McRuer C.J.H.C. in *Bardal*, *supra*, at p. 145:

Au cours des débats devant nous, les parties se sont étendues longuement sur la question du droit régissant les conditions implicites dans les contrats. Elles se sont attardées en particulier sur la pertinence de l'intention des parties relativement à une condition implicite de préavis raisonnable de licenciement dans les contrats de travail. Le rapport entre l'intention et l'existence de conditions implicites est complexe et j'estime pour ma part que le présent pourvoi peut et doit être tranché sur un fondement plus étroit. Donc, aux fins du pourvoi, je qualifierais de présomption le principe de common law voulant qu'il ne puisse y avoir licenciement que sur préavis raisonnable. Cette présomption est susceptible de réfutation si le contrat de travail prévoit clairement, de façon expresse ou implicite, une autre période de préavis.

Tel est le point de vue adopté par Freedland, *op. cit.*, qui affirme que [TRADUCTION] «le contrat type généralement accepté et appliqué par les tribunaux de nos jours en l'absence d'une preuve contraire est celui qui prévoit un emploi d'une durée indéterminée et qui est résiliable par l'une ou l'autre partie sur préavis raisonnable, mais seulement sur préavis raisonnable» (p. 153). C'est le point de vue qu'a adopté également la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Prozak c. Bell Telephone Co. of Canada* (1984), 46 O.R. (2d) 385. Au nom de la cour, le juge Goodman a noté, à la p. 399, que [TRADUCTION] «si un contrat de travail ne contient pas de stipulation expresse ou manifestement implicite quant à sa durée ou à sa résiliation, il sera probablement présumé en common law être d'une durée indéterminée et résiliable par l'une ou l'autre partie sur préavis raisonnable . . . » C'est essentiellement l'opinion exprimée également par I. Christie dans *Employment Law in Canada* (1980), à la p. 347.

Quant à savoir ce qui constitue un préavis raisonnable, cela varie en fonction des circonstances de chaque cas. L'énumération le plus souvent citée des facteurs applicables à l'appréciation du caractère raisonnable du préavis est celle faite par le juge en chef McRuer dans la décision *Bardal*, précitée, à la p. 145:

There can be no catalogue laid down as to what is reasonable notice in particular classes of cases. The reasonableness of the notice must be decided with reference to each particular case, having regard to the character of the employment, the length of service of the servant, the age of the servant and the availability of similar employment, having regard to the experience, training and qualifications of the servant.

Hollingworth J. referred to the factors set out in *Bardal* in determining what would constitute reasonable notice for the two appellants. His determination in this respect was not challenged in this appeal.

C. *The Employment Standards Act*

It was acknowledged by the appellants and the respondent that, but for the possible effects of the Act, no issue as to the validity of the employment contracts would have arisen. The presumption at common law that a contract of employment for an indefinite term is terminable only on reasonable notice would have been rebutted by the clear language of the contract specifying shorter notice periods. But what is the effect of the Act?

The Act provides for mandatory minimum notice periods. The provision relevant to the appellants is set out in s. 40(1)(c) of the Act, which provides that an employer must give any employee who has been employed for five years or more but less than ten years four weeks' notice of termination. Section 40(7)(a) provides that, if the required notice is not given, the employer shall pay the employee an amount equivalent to his or her regular wages for the period of notice.

It is also clear from ss. 4 and 6 of the Act that the minimum notice periods set out in the Act do not operate to displace the presumption at common law of reasonable notice. Section 6 of the Act states that the Act does not affect the right of an employee to seek a civil remedy from his or her employer. Section 4(2) states that a "right, benefit, term or condition of employment under a contract" that provides a greater benefit to an employee than the standards set out in the Act shall prevail over

[TRADUCTION] Il est impossible de préciser ce qui constitue un préavis raisonnable dans des catégories particulières de cas. Le caractère raisonnable du préavis est à déterminer au cas par cas, eu égard à la nature de l'emploi, à la durée du service de l'employé, à l'âge de celui-ci et à la possibilité d'obtenir un poste analogue compte tenu de l'expérience, de la formation et des compétences de l'employé.

Pour déterminer ce qui constituerait un préavis raisonnable dans le cas des deux appelants en l'espèce, le juge Hollingworth s'est référé aux facteurs énumérés dans la décision *Bardal*. La conclusion à laquelle il est arrivé sur ce point n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

C. *La Loi sur les normes d'emploi*

Les appelants et l'intimée ont reconnu que, n'eussent été les effets possibles de la Loi, la question de la validité des contrats de travail en cause ne se serait pas posée. La présomption de common law selon laquelle un contrat de travail pour une période indéterminée n'est résiliable que sur préavis raisonnable aurait été réfutée par les stipulations claires des contrats prévoyant des périodes de préavis plus courtes. Mais quel est l'effet de la Loi?

La Loi prescrit des périodes minimales obligatoires de préavis. La disposition applicable aux appelants figure à l'al. 40(1)c) de la Loi, qui oblige un employeur à donner à un employé qui travaille pour lui depuis cinq ans ou plus mais moins de dix ans un préavis de licenciement de quatre semaines. Aux termes de l'al. 40(7)a), s'il ne donne pas le préavis prescrit, l'employeur doit verser à l'employé une indemnité de licenciement égale à son salaire normal pendant la période de préavis.

De plus, il se dégage nettement des art. 4 et 6 de la Loi que les périodes minimales de préavis qu'elle établit ne jouent pas de manière à écarter la présomption de common law relative au préavis raisonnable. L'article 6 de la Loi dispose que celle-ci ne porte pas atteinte au droit d'un employé d'exercer un recours civil contre son employeur. Suivant le par. 4(2), un «droit accordé, un avantage consenti ou une condition d'emploi prévue par un contrat» qui confère à l'employé un avantage supé-

the standards in the Act. I have no difficulty in concluding that the common law presumption of reasonable notice is a “benefit”, which, if the period of notice required by the common law is greater than that required by the Act, will, if otherwise applicable, prevail over the notice period set out in the Act. Any possible doubt on this question is dispelled by s. 4(1) of the Act, which expressly deems the employment standards set out in the Act to be minimum requirements only.

What is at issue in this appeal is the effect, if any, to be given to a term of an employment contract which does not comply with the minimum notice requirements of the Act. Is such a term capable of displacing the common law presumption of reasonable notice? The effect of ss. 3 and 4 of the Act is to make any attempt to contract out of the minimum employment standards of the Act by providing for lesser benefits than those minimum employment standards, “null and void”. The two contracts at issue on this appeal do attempt to contract out of the minimum notice period set out in s. 40(1)(c) of the Act by specifying notice periods shorter than the statutory minimum. Accordingly, the two contracts are not in compliance with the mandatory language of s. 3 of the Act, and those portions of the two contracts specifying the notice periods are “null and void”.

In argument, the respondent accepted that the attempt to contract out of the provisions of the Act was “null and void”, but argued that the documents should be considered as evidence “that contracts were entered into which expressed clearly the intention of the parties with respect to notice of termination.” I cannot accept this argument. In *Rover International Ltd. v. Cannon Film Sales Ltd.*, [1989] 1 W.L.R. 912, the Court of Appeal was faced with a contract which was entirely void. Kerr L.J. refused to look to the terms of the con-

rieur aux normes énoncées dans la Loi prévaut sur celles-ci. Je conclus sans hésitation que la présomption de common law relative au préavis raisonnable constitue un «avantage» qui, si la période de préavis exigée par la common law dépasse celle prescrite par la Loi, prévaudra, à supposer qu’elle soit par ailleurs applicable, sur la période de préavis fixée dans la Loi. Tout doute pouvant subsister sur cette question est levé par le par. 4(1) de la Loi, qui porte expressément que les normes d’emploi énoncées dans la Loi sont réputées n’être que des exigences minimales.

La question soulevée par le présent pourvoi est de savoir dans quelle mesure il convient d’appliquer une condition d’un contrat de travail qui ne respecte pas les exigences minimales quant au préavis posées dans la Loi. Une telle condition peut-elle écarter la présomption de common law d’un préavis raisonnable? Les articles 3 et 4 de la Loi jouent de manière à rendre «nul[le] et sans effet» toute tentative de se soustraire aux normes d’emploi minimales établies dans la Loi en stipulant dans le contrat des avantages inférieurs à ces normes minimales. Or, on tente effectivement dans les deux contrats en cause de se soustraire à l’exigence quant au préavis minimal, établie à l’al. 40(1)c de la Loi, en prévoyant des périodes de préavis moins longues que le minimum légal. Par conséquent, ni l’un ni l’autre contrat n’est conforme à l’exigence posée à l’art. 3 de la Loi, si bien que les dispositions des deux contrats fixant les périodes de préavis sont «nulles et sans effet».

L’intimée a convenu au cours des débats que la tentative de se soustraire à l’application des dispositions de la Loi était «nulle et sans effet», mais a fait valoir que les documents devraient être considérés comme établissant [TRADUCTION] «que les contrats conclus traduisaient clairement l’intention des parties relativement au préavis de licenciement». Je ne puis retenir cet argument. Dans l’affaire *Rover International Ltd. c. Cannon Film Sales Ltd.*, [1989] 1 W.L.R. 912, la Cour d’appel était saisie du cas d’un contrat qui était nul en totalité. Le lord juge Kerr a refusé de recourir aux conditions du contrat pour limiter la somme pouvant

tract to limit the recovery of the appellant in *quantum meruit* (p. 928):

... if the imposition of a “ceiling” in the present case were accepted, then the consequences could be far-reaching and undesirable in other situations which it would be impossible to distinguish in principle. It would then follow that an evaluation of the position of the parties to a void contract, or to one which becomes ineffective subsequently, could always be called for. We know that this is not the position in the case of frustrated contracts, which are governed by the Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943. It would cause many difficulties if the position were different in relation to contracts which are void *ab initio*. By analogy to [the respondent’s] submission in the present case, in deciding on the equities of restitution the court could then always be called upon to analyse or attempt to forecast the relative position of the parties under a contract which is *ex hypothesi non-existent*. This is not an attractive proposition, and I can see no justification for it in principle or upon any authority.

In this case we are not faced with an entirely void contract, but a contract of which one clause is null and void by operation of statute. I would nonetheless apply the reasoning of Kerr L.J.: if a term is null and void, then it is null and void for all purposes, and cannot be used as evidence of the parties’ intention. If the intention of the parties is to make an unlawful contract, no lawful contractual term can be derived from their intention. In *Erlund v. Quality Communication Products Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 476 (Man. Q.B.), Wilson J. was faced with a contract of employment which was void by reason of the *Statute of Frauds*. Relying on *James v. Thomas H. Kent & Co.*, [1950] 2 All E.R. 1099 (C.A.), Wilson J. held that in the absence of a valid contract, he had no choice but to imply a term that the employee was entitled to reasonable notice.

Moreover, because the Act declares the notice provisions of the contracts in dispute to be null and void, it seems to me that the proper question to ask in determining the parties’ intention is: what did the parties intend should the notice provisions be

être accordée à l’appelante pour la valeur des services rendus (à la p. 928):

[TRADUCTION] ... si nous acceptions de fixer un «plafond» en l’espèce, cela aurait des conséquences d’une grande portée qui seraient peu souhaitables dans d’autres situations, avec lesquelles il serait impossible en principe de faire de distinction. Il s’ensuivrait donc qu’il serait toujours possible de demander un examen de la situation des parties à un contrat entaché de nullité ou à un contrat qui devient par la suite inopérant. Or, nous savons qu’il n’en est pas ainsi dans le cas de contrats devenus inexécutables, lesquels relèvent de la *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*. De nombreuses difficultés en résulteraient si l’approche était différente pour les contrats qui sont nuls *ab initio*. Par analogie avec l’argument avancé [par l’intimée] en l’espèce, on pourrait alors demander à la cour, chaque fois qu’elle a à décider s’il est équitable d’accorder la restitution, d’analyser ou de tenter de prévoir les situations relatives des parties à un contrat hypothétiquement inexistant. C’est là une thèse qui ne séduit guère et pour laquelle je ne vois aucune justification, que ce soit dans les principes ou dans la jurisprudence ou la doctrine.

En l’espèce, il ne s’agit pas d’un contrat nul en totalité, mais plutôt d’un contrat dont une clause est rendue nulle et sans effet par le jeu d’une loi. J’appliquerais néanmoins le raisonnement du lord juge Kerr, savoir: si une condition est nulle et sans effet, elle l’est à toutes les fins et ne peut servir de preuve de l’intention des parties. Si ces dernières ont eu l’intention de passer un contrat illégal, il est impossible de tirer de leur intention une stipulation contractuelle licite. Dans l’affaire *Erlund c. Quality Communication Products Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 476 (B.R. Man.), le juge Wilson se trouvait en présence d’un contrat de travail frappé de nullité aux termes de la *Statute of Frauds*. S’appuyant sur l’arrêt *James c. Thomas H. Kent & Co.*, [1950] 2 All E.R. 1099 (C.A.), le juge Wilson a dit qu’en l’absence d’un contrat valide, il ne pouvait que conclure à l’existence d’une condition implicite selon laquelle l’employé avait droit à un préavis raisonnable.

De plus, comme la Loi déclare nulles et sans effet les dispositions relatives au préavis contenues dans les contrats en cause, il me semble que la question à se poser pour déterminer l’intention des parties est de savoir ce qu’elles ont envisagé pour

found to be null and void? There is simply no evidence with which to answer this question. In *Suleman v. British Columbia Research Council* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 208, Lysyk J., on facts analogous to those in the case at bar, found that there was no evidence of the parties' intention in the face of minimum employment standards with which the employer was required to comply. Lysyk J. was considering the effect of s. 2(1) of the *Employment Standards Act*, S.B.C. 1980, c. 10, which is very similar in wording to s. 3 of the Act. Lysyk J. concluded as follows, at p. 214:

I find nothing in the evidence in the present case to warrant the conclusion that the parties, had they turned their minds to the subject, would have agreed to substitute for the void contractual term the minimum period of notice required by statute instead of looking to the common law standard of reasonable notice.

D. Policy Considerations

I turn finally to the policy considerations which impact on the issue in this appeal. Although the issue may appear to be a narrow one, it is nonetheless important because employment is of central importance to our society. As Dickson C.J. noted in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

I would add that not only is work fundamental to an individual's identity, but also that the manner in which employment can be terminated is equally important.

Section 10 of the *Interpretation Act*, R.S.O. 1980, c. 219, provides that every Act "shall be

le cas où les dispositions concernant le préavis seraient jugées nulles et sans effet. Or, nous ne disposons tout simplement pas d'éléments de preuve permettant de répondre à cette question. Dans l'affaire *Suleman c. British Columbia Research Council* (1989), 38 B.C.L.R. (2d) 208, dont les faits s'apparentent à ceux de la présente espèce, le juge Lysyk a conclu qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve établissant l'intention des parties face aux normes d'emploi minimales auxquelles l'employeur était tenu de se conformer. Le juge Lysyk étudiait l'effet du par. 2(1) de la *Employment Standards Act*, S.B.C. 1980, ch. 10, dont le texte présente une très grande ressemblance avec celui de l'art. 3 de la loi en cause. Il a tiré la conclusion suivante, à la p. 214:

[TRADUCTION] Je ne vois dans la preuve produite en l'espèce rien qui justifie la conclusion que les parties, pour peu qu'elles se soient penchées sur la question, auraient convenu de substituer à la condition du contrat entachée de nullité le préavis minimal prescrit par la loi plutôt que de retenir la norme du préavis raisonnable découlant de la common law.

D. Considérations de principe

J'aborde en dernier lieu les considérations de principe qui se rapportent à la question en litige dans le présent pourvoi. Bien que cette question puisse paraître de portée étroite, elle n'en est pas moins importante vu le rôle capital que joue le travail dans notre société. Comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368:

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

Ce à quoi j'ajouterais non seulement que le travail est un élément fondamental de l'identité d'une personne, mais aussi que la façon dont il peut être mis fin à un emploi revêt tout autant d'importance.

L'article 10 de la *Loi d'interprétation*, L.R.O. 1980, ch. 219, dispose que toute loi «est réputée

deemed to be remedial” and directs that every Act shall “receive such fair, large and liberal construction and interpretation as will best ensure the attainment of the object of the Act according to its true intent, meaning and spirit.” The objective of the Act is to protect the interests of employees by requiring employers to comply with certain minimum standards, including minimum periods of notice of termination. To quote Conant Co. Ct. J. in *Pickup*, *supra*, at p. 274, “the general intention of this legislation [i.e. the Act] is the protection of employees, and to that end it institutes reasonable, fair and uniform minimum standards.” The harm which the Act seeks to remedy is that individual employees, and in particular non-unionized employees, are often in an unequal bargaining position in relation to their employers. As stated by Swinton, *supra*, at p. 363:

... the terms of the employment contract rarely result from an exercise of free bargaining power in the way that the paradigm commercial exchange between two traders does. Individual employees on the whole lack both the bargaining power and the information necessary to achieve more favourable contract provisions than those offered by the employer, particularly with regard to tenure.

Accordingly, an interpretation of the Act which encourages employers to comply with the minimum requirements of the Act, and so extends its protections to as many employees as possible, is to be favoured over one that does not. In this regard, the fact that many individual employees may be unaware of their statutory and common law rights in the employment context is of fundamental importance. As B. Etherington suggests in “The Enforcement of Harsh Termination Provisions in Personal Employment Contracts: The Rebirth of Freedom of Contract in Ontario” (1990), 35 *McGill L.J.* 459, at p. 468, “the majority of unorganized employees would not even expect reasonable notice prior to dismissal and many would be surprised to learn they are not employed at the employer’s discretion.”

réparatrice» et doit «faire l’objet d’une interprétation large, juste et libérale, afin d’assurer la réalisation de son objet selon son sens, son intention et son esprit véritables». En l’espèce, la Loi a pour objet de protéger les intérêts des employés en exigeant que les employeurs respectent certaines normes minimales, notamment en ce qui concerne les périodes minimales de préavis de licenciement. Pour citer les propos tenus par le juge Conant de la Cour de comté dans l’affaire *Pickup*, précitée, à la p. 274, [TRADUCTION] «l’objet général de ce texte législatif [c.-à-d. la Loi] est la protection des employés et il établit à cet effet des normes minimales qui sont raisonnables, équitables et uniformes». Le mal que la Loi vise à réparer est le suivant: dans bien des cas, les employés en tant qu’individus, et en particulier les employés non syndiqués, ne traitent pas d’égal à égal avec leurs employeurs. Ainsi que l’affirme Swinton, *op. cit.*, à la p. 363:

[TRADUCTION] ... il est rare que les conditions d’un contrat de travail résultent de l’exercice du pouvoir de négocier librement selon le modèle des échanges commerciaux entre deux commerçants. D’une manière générale, les employés, pris individuellement, n’ont ni le pouvoir de négociation ni les renseignements nécessaires pour obtenir dans leurs contrats des conditions plus avantageuses que celles offertes par l’employeur, surtout relativement à la permanence.

Par conséquent, une interprétation de la Loi qui encouragerait les employeurs à se conformer aux exigences minimales de celle-ci et qui ferait ainsi bénéficier de sa protection le plus grand nombre d’employés possible est à préférer à une interprétation qui n’a pas un tel effet. À cet égard, il est d’importance capitale que, dans le contexte du travail, bien des employés ignorent leurs droits découlant de la loi et de la common law. Comme le dit B. Etherington dans «The Enforcement of Harsh Termination Provisions in Personal Employment Contracts: The Rebirth of Freedom of Contract in Ontario» (1990), 35 *R.D. McGill* 459, à la p. 468, [TRADUCTION] «la majorité des employés non syndiqués ne s’attendraient même pas à un préavis raisonnable de licenciement et nombre d’entre eux seraient étonnés d’apprendre que leur emploi ne tient pas qu’au bon plaisir de l’employeur».

If the only sanction which employers potentially face for failure to comply with the minimum notice periods prescribed by the Act is an order that they minimally comply with the Act, employers will have little incentive to make contracts with their employees that comply with the Act. As Swinton and Etherington suggest, most individual employees are unaware of their legal rights, or unwilling or unable to go to the trouble and expense of having them vindicated. Employers can rely on the fact that many employees will not challenge contractual notice provisions which are in fact contrary to employment standards legislation. Employers such as the present respondent can contract with their employees for notice periods below the statutory minimum, knowing that only those individual employees who take legal action after they are dismissed will in fact receive the protection of the minimum statutory notice provisions.

In my view, an approach more consistent with the objects of the Act is that, if an employment contract fails to comply with the minimum statutory notice provisions of the Act, then the presumption of reasonable notice will not have been rebutted. Employers will have an incentive to comply with the Act to avoid the potentially longer notice periods required by the common law, and in consequence more employees are likely to receive the benefit of the minimum notice requirements. Such an approach is also more consistent with the legislative intention expressed by s. 6 of the Act, which expressly preserves the civil remedies otherwise available to an employee against his or her employer.

Moreover, this approach provides protection for employees in a manner that does not disproportionately burden employers. Absent considerations of unconscionability, an employer can readily make contracts with his or her employees which referentially incorporate the minimum notice periods set out in the Act or otherwise take into

Si, en ne se conformant pas aux prescriptions de la Loi relatives aux périodes minimales de préavis, les employeurs ne risquent pas d'encourir d'autre sanction qu'une ordonnance les obligeant à respecter les exigences minimales de la Loi, ils auront fort peu intérêt à conclure avec leurs employés des contrats conformes à la Loi. Comme l'indiquent Swinton et Etherington, la plupart des employés ne connaissent pas leurs droits ou bien ne veulent ou ne peuvent se donner la peine de les faire valoir ou en supporter les frais. Les employeurs peuvent compter sur le fait que bon nombre d'employés ne contesteront pas les dispositions contractuelles relatives au préavis qui vont en réalité à l'encontre de la législation en matière de normes d'emploi. Les employeurs comme l'intimée en l'espèce peuvent stipuler dans leurs contrats avec leurs employés des périodes de préavis moins longues que le minimum prévu dans la loi, sachant que seuls les employés qui exercent des poursuites judiciaires à la suite de leur licenciement bénéficieront en fait de la protection des dispositions de la loi touchant le préavis minimal.

À mon avis, une approche qui s'accorderait davantage avec les objets de la Loi est celle voulant que, dans un cas où le contrat de travail ne respecte pas les exigences minimales de la Loi touchant le préavis, la présomption relative au préavis raisonnable n'aura pas été détruite. Les employeurs auront alors intérêt à se conformer à la Loi afin d'éviter les périodes de préavis peut-être plus longues prescrites par la common law, ce qui aura pour conséquence qu'un plus grand nombre d'employés pourront bénéficier des exigences minimales en matière de préavis. Cette approche est en outre plus conforme avec l'intention du législateur exprimée à l'art. 6 de la Loi, qui maintient expressément les recours civils dont dispose par ailleurs un employé contre son employeur.

Il s'agit d'une approche qui, de plus, protège les employés sans grever démesurément les employeurs. En l'absence d'iniquité, un employeur a toute latitude pour conclure avec ses employés des contrats qui comprennent par renvoi les périodes minimales de préavis établies dans la Loi ou qui tiennent de quelque autre manière compte

account later changes to the Act or to the employees' notice entitlement under the Act. Such contractual notice provisions would be sufficient to displace the presumption that the contract is terminable without cause only on reasonable notice. This point was recognized by Lysyk J. in *Suleman*, *supra*, at p. 214:

An employer who wishes to guard against being called upon to give any more notice or severance pay than legislation demands can readily draw a contractual clause which, in effect, converts the statutory floor into a ceiling. But here the employer has authored a contractual term which simply fails to comply with the law. In such circumstances, it is not evident why the employee should be placed in a worse position than if the contract had said nothing at all about notice of termination.

Finally, I would note that the Act sets out what the provincial legislature deems to be fair minimum notice periods. One of the purposes of the Act is to ensure that employees who are discharged are discharged fairly. In the present case, the employer attempted to contract with its employees for notice periods which were less than what the legislature had deemed to be fair minimum notice periods. Given that the employer has attempted, whether deliberately or not, to frustrate the intention of the legislature, it would indeed be perverse to allow the employer to avail itself of legislative provisions intended to protect employees, so as to deny the employees their common law right to reasonable notice.

VI. Conclusion and Disposition

I would conclude that both the plain meaning of ss. 3, 4 and 6 and a consideration of the objects of the Act lead to the same result: where an employment contract fails to comply with the minimum notice periods set out in the Act, the employee can only be dismissed without cause if he or she is given reasonable notice of termination.

Accordingly, the appeal should be allowed, the decision of the Ontario Court of Appeal set aside, and the judgment of Hollingworth J. restored. The

de modifications subséquentes de la Loi ou de ses dispositions relatives au droit des employés à un préavis. Ces clauses contractuelles sur le préavis suffiraient pour renverser la présomption selon laquelle le contrat est résiliable sans motif seulement sur préavis raisonnable. C'est ce que reconnaît le juge Lysyk dans la décision *Suleman*, précitée, à la p. 214:

[TRADUCTION] L'employeur désireux de se soustraire à l'obligation de donner un préavis plus long ou de verser une indemnité de licenciement plus élevée que ce qu'exige la loi peut facilement inclure dans le contrat une clause ayant pour effet de transformer en plafond le seuil fixé par la loi. En l'espèce, cependant, l'employeur a rédigé une condition qui n'est tout simplement pas conforme à la loi. Dans ce cas, on voit mal pourquoi l'employé devrait être mis dans une situation pire que celle où il se serait trouvé s'il n'y avait rien dans le contrat concernant le préavis de licenciement.

Signalons en dernier lieu que la Loi fixe ce que le législateur provincial considère comme des périodes minimales équitables de préavis. La Loi vise notamment à assurer aux employés qu'ils ne seront pas licenciés injustement. Or, en l'espèce, l'employeur a tenté d'établir dans ses contrats avec ses employés des périodes de préavis plus courtes que les périodes minimales jugées équitables par le législateur. Vu cette tentative, délibérée ou non, de la part de l'employeur de contrecarrer l'intention du législateur, on aurait tort de lui permettre de se prévaloir de dispositions législatives destinées à protéger les employés et de dénier en conséquence à ces derniers le droit à un préavis raisonnable que leur reconnaît la common law.

VI. Conclusion et dispositif

Je conclus que l'interprétation littérale des art. 3, 4 et 6 de la Loi et l'examen des objets de celle-ci conduisent au même résultat: lorsqu'un contrat de travail n'accorde pas la période minimale de préavis prescrite dans la Loi, l'employé ne peut être licencié sans motif que moyennant un préavis raisonnable de licenciement.

Par conséquent, le pourvoi doit être accueilli, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario doit être infirmée et le jugement du juge Hollingworth réta-

appellants shall have their costs here and in the courts below.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, McLachlin J. I simply wish to add that, although I agree with her conclusion, I do not find it necessary or advisable to revisit *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, to dispose of this appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—I agree with my colleague Justice Iacobucci that the judgment of the Court of Appeal must be set aside and that the plaintiffs are entitled to reasonable notice notwithstanding the contractual terms to the contrary. While I am in substantial agreement with my colleague, I find that I differ from him on one, to my mind, crucial point. In my view, resolution of this case necessarily involves an examination of the principles of law governing implied contractual terms, and in particular, the role to be assigned to the intention of the parties in determining the term to be implied in a case such as this. This, as I apprehend the arguments and the judgments below, is the heart of the debate before us.

The cause of action on which the plaintiffs rely is breach of contract, to be more specific, breach of a contract of employment. To succeed each plaintiff must establish: (a) the existence of a term of the contract entitling him to reasonable notice of termination; and (b) that that term was breached by the employer. Iacobucci J. purports to circumvent this algorithm by stating that the case can be resolved on the narrower ground of a “presumption”. But to assist the plaintiffs, that presumption must operate so as to presume the existence of a term of reasonable notice in the contract; otherwise the plaintiffs have no cause of action. To put it another way, a presumption is simply an evidentiary technique by which the elements of a cause of action may be established; it cannot itself stand as an element of a cause of action. So any attempt to

bli. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

J’ai eu l’avantage de lire les motifs de ma collègue le juge McLachlin. Je souhaite simplement ajouter que, bien que je souscrive à sa conclusion, je ne crois ni nécessaire ni souhaitable pour trancher le présent pourvoi de réexaminer l’arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Comme mon collègue le juge Iacobucci, j’estime que l’arrêt de la Cour d’appel doit être infirmé et que les demandeurs ont droit à un préavis raisonnable en dépit des stipulations contraires des contrats. Bien que je souscrive pour l’essentiel à l’avis de mon collègue, je diverge d’opinion sur un point que je tiens pour crucial. Selon moi, en effet, le règlement du présent litige nécessite qu’on examine les principes de droit régissant les conditions implicites des contrats et, en particulier, l’importance à attacher à l’intention des parties pour déterminer la condition implicite à déduire dans un cas comme celui dont nous sommes saisis en l’espèce. Voilà, d’après ce que j’ai pu retirer des arguments et des décisions des juridictions inférieures, ce qui est au cœur du débat devant nous.

La cause d’action invoquée par les demandeurs est l’inexécution du contrat, plus précisément, d’un contrat de travail. Pour obtenir gain de cause, chaque demandeur doit établir: a) l’existence dans le contrat d’une condition lui donnant droit à un préavis raisonnable de licenciement, et b) la violation de cette condition par l’employeur. C’est là un obstacle que le juge Iacobucci prétend contourner en affirmant que le litige peut être tranché sur le fondement plus étroit d’une «présomption». Mais, pour qu’elle puisse être utile aux demandeurs, il doit s’agir d’une présomption de l’existence dans le contrat d’une condition stipulant un préavis raisonnable, sans quoi les demandeurs n’ont aucune cause d’action. En d’autres termes, une présomption n’est rien d’autre qu’une technique en matière de preuve qui permet d’établir les éléments d’une

avoid the question of implied terms is illusory, as I see the matter.

The difficulty experienced by each plaintiff is that the contract between him and his employer contained an express term stipulating that the plaintiff was entitled, in the case of Machtinger, to no notice whatsoever, and in the case of Lefebvre, to only two weeks' notice. The first problem is to displace this term. That is done by the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1980, c. 137, s. 40(1) of which stipulated a minimum period of notice in the circumstances of this case of four weeks. As explained by Iacobucci J., the effect of ss. 3 and 4 of the Act is to render the stipulation for lesser notice null and void. We arrive then at the situation where there is no term in the contract dealing with notice upon dismissal.

The law says that where the contract is silent as to the term of notice upon dismissal, the court will imply a term of notice. But what term should be implied? Here the courts below divided. The trial judge says the term to be implied is one for "reasonable notice". He based his assessment of reasonable notice on what was generally fair in the circumstances, without reduction for the fact that the parties to the contract had expressed the intention in their contracts that the plaintiffs were to be entitled to no or only nominal notice. He found that period to be 7 months in the case of Machtinger, 7½ months in the case of Lefebvre.

The Court of Appeal, on the other hand, felt that the term implied must reflect the intention of the parties. Since the parties never intended notice of 7 to 7½ months, the Court imposed the term which, within the limits of the Act, best reflected that intention, namely four weeks.

So the real issue is this: in the absence in a contract of employment of a legally enforceable term providing for notice on termination, on what basis is a court to imply a notice period, and in particu-

cause d'action. La présomption ne peut constituer en soi un tel élément. Par conséquent, toute tentative d'éluder la question des conditions implicites n'est qu'illusoire, à mon avis.

La difficulté sur laquelle ont buté les demandeurs vient de ce que les contrats intervenus entre eux et leur employeur stipulaient expressément qu'ils n'avaient droit, dans le cas de Machtinger, à aucun préavis, et, dans celui de Lefebvre, qu'à un préavis de deux semaines. Le premier problème consiste donc à écarter cette condition, ce que fait la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1980, ch. 137, dont le par. 40(1) prévoit pour les circonstances de l'espèce un préavis minimal de quatre semaines. Comme l'explique le juge Iacobucci, les art. 3 et 4 de la Loi rendent nulle et sans effet la stipulation d'un préavis plus court. Il en résulte donc que le contrat ne renferme aucune condition relative au préavis de licenciement.

En droit, devant le mutisme du contrat quant à la période du préavis de licenciement, le tribunal introduit une stipulation implicite à ce sujet. Mais quelle devrait être la période du préavis ainsi introduit? Les avis des juridictions inférieures ont divergé sur ce point. Le juge de première instance a dit qu'il doit s'agir d'un «préavis raisonnable» et, d'après lui, le préavis raisonnable est celui qui est généralement juste dans les circonstances, sans réduction tenant compte du fait que les parties ont manifesté dans leurs contrats l'intention de n'accorder aux demandeurs aucun préavis ou de ne leur accorder qu'un court préavis. Le préavis raisonnable, a-t-il conclu, était de 7 mois dans le cas de Machtinger et de 7 mois ½ dans celui de Lefebvre.

La Cour d'appel, par contre, a estimé que la condition implicite doit refléter l'intention des parties. Puisque ces dernières n'ont jamais envisagé un préavis de 7 mois à 7 mois ½, la cour leur a imposé la période qui, dans les limites établies par la Loi, traduisait le mieux leur intention, soit en l'occurrence quatre semaines.

La véritable question est donc la suivante: en l'absence, dans un contrat de travail, d'une condition juridiquement valable stipulant un préavis de licenciement, sur quoi un tribunal doit-il se fonder

lar, to what extent is intention to be taken into account in fixing an implied term of reasonable notice in an employment contract?

This question cannot be answered without examining the legal principles governing the implication of terms. The intention of the contracting parties is relevant to the determination of some implied terms, but not all. Intention is relevant to terms implied as a matter of fact, where the question is what the parties would have stipulated had their attention been drawn at the time of contracting to the matter at issue. Intention is not, however, relevant to terms implied as a matter of law. As to the distinction between types of implied terms see Treitel, *The Law of Contract* (7th ed. 1987), at pp. 158-165 (dividing them into three groups: terms implied in fact; terms implied in law; and terms implied as a matter of custom or usage), and *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711.

Requirements for reasonable notice in employment contracts fall into the category of terms implied by law: *Allison v. Amoco Production Co.*, [1975] 5 W.W.R. 501 (Alta. S.C.), at pp. 508-9 per MacDonald J. They do not depend upon custom or usage, although custom and usage can be an element in determining the nature and scope of the legal duty imposed. Nor do they fall into the category of terms implied as a matter of fact, where the law supplies a term which the parties overlooked but obviously assumed.

Terms implied in contracts of employment imposing reasonable notice requirements depend rather on a number of factors, which

... must be decided with reference to each particular case, having regard to the character of the employment,

pour introduire une condition implicite quant à la période de préavis et, en particulier, dans quelle mesure l'intention doit-elle être prise en considération pour établir dans un tel contrat une condition implicite prévoyant un préavis raisonnable?

C'est une question à laquelle il est impossible de répondre sans examiner les principes de droit régissant les conditions implicites. L'intention des parties contractantes est pertinente pour la détermination de certaines conditions implicites, mais non de toutes. Elle est pertinente dans le cas de conditions implicites découlant des faits, c'est-à-dire lorsque la question est de savoir ce que les parties auraient stipulé si, au moment de la passation du contrat, leur attention avait été attirée sur cette question. L'intention n'a toutefois aucune pertinence relativement aux conditions implicites en droit. Sur la distinction entre les différents types de conditions implicites, voir Treitel, *The Law of Contract* (7^e éd. 1987), aux pp. 158 à 165 (où elles sont divisées en trois catégories, à savoir: les conditions implicites découlant des faits, les conditions implicites en droit et les conditions implicites en vertu de la coutume ou de l'usage); voir en outre l'arrêt *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711.

L'exigence d'un préavis raisonnable dans les contrats de travail entre dans la catégorie des conditions implicites en droit: *Allison c. Amoco Production Co.*, [1975] 5 W.W.R. 501 (C.S. Alb.), aux pp. 508 et 509, le juge MacDonald. Elle ne tient ni à la coutume ni à l'usage, quoique ces éléments puissent entrer en ligne de compte dans la détermination de la nature et de la portée de l'obligation légale imposée. Cette exigence n'entre pas davantage dans la catégorie des conditions implicites découlant des faits, c'est-à-dire qu'elle ne relève pas des cas où le droit prévoit une condition que les parties ont omis de stipuler, mais dont elles ont manifestement supposé l'inclusion.

L'introduction dans les contrats de travail de conditions implicites exigeant un préavis raisonnable dépend plutôt de plusieurs facteurs, qui sont

[TRADUCTION] ... à déterminer au cas par cas, eu égard à la nature de l'emploi, à la durée du service de l'em-

the length of service of the servant, the age of the servant and the availability of similar employment, having regard to the experience, training and qualifications of the servant.

(*Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (Ont. H.C.), at p. 145 *per* McRuer C.J.H.C.)

These considerations determine the appropriate notice period on termination. They do not depend upon contractual intention. Indeed, some of them—such as the length of service and prospects of employment—are usually not known at the time the contract is made. Thus the term of notice fixed by the court is, to borrow the language of Treitel at p. 162, a “legal incident” of a particular kind of contractual relationship.

In my opinion, this analysis is fully in accordance with the decision of this Court in *CP Hotels, supra*. In that case Le Dain J. analyzed the bases upon which a term may be implied in a contract. The first category includes terms implied as a matter of custom or usage. In order for a term to be implied on this basis there must be evidence to support an inference that the parties to the contract would have understood such a custom or usage to be applicable; terms are implied in this manner on the basis of a presumed intention. The second category encompasses terms implied as necessary to give business efficacy to a contract. These are terms which the parties to a given contract would obviously have assumed. They are thus also implied on the basis of presumed intention, and correspond to Treitel’s category of terms implied in fact.

The final category of implied terms considered in *CP Hotels, supra*, is the one applicable in the present case. These are terms implied not on the basis of presumed intention, but “as legal incidents of a particular class or kind of contract, the nature

ployé, à l’âge de celui-ci et à la possibilité d’obtenir un poste analogue compte tenu de l’expérience, de la formation et des compétences de l’employé.

(*Bardal c. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H.C. Ont.), à la p. 145, le juge en chef McRuer.)

Ces considérations déterminent la période du préavis de licenciement qu’il convient de fixer. Elles ne sont pas fonction de l’intention des parties contractantes. De fait, certaines d’entre elles — la durée du service et les possibilités d’emploi, par exemple — sont habituellement inconnues lors de la passation du contrat. Aussi la période de préavis que fixe le tribunal constitue-t-elle, pour reprendre l’expression employée par Treitel, à la p. 162, un [TRADUCTION] «accessoire juridique» d’un type particulier de relations contractuelles.

À mon avis, cette analyse concorde parfaitement avec l’arrêt de notre Cour *Société hôtelière CP*, précité, où le juge Le Dain a étudié les fondements de l’introduction d’une condition implicite dans un contrat. La première catégorie mentionnée comprend les conditions implicites en vertu de la coutume ou de l’usage. L’introduction d’une condition implicite sur ce fondement n’est possible que s’il existe une preuve justifiant la conclusion que les parties contractantes auraient jugé applicable la coutume ou l’usage en question. Lorsque des conditions sont introduites de cette façon, elles sont fondées sur une intention présumée. Quant à la deuxième catégorie, elle englobe les conditions implicites dont l’introduction est nécessaire pour conférer à un contrat une efficacité commerciale. Il s’agit de conditions dont l’inclusion aurait manifestement été tenue pour acquise par les parties à un contrat donné. Par conséquent, elles y sont également introduites sur le fondement d’une intention présumée et, parmi les catégories de Treitel, elles correspondent aux conditions implicites découlant des faits.

C’est la dernière catégorie de conditions implicites examinée dans l’arrêt *Société hôtelière CP*, précité, qui s’applique en l’espèce. Ces conditions sont celles dont l’introduction n’est pas fondée sur une intention présumée mais qui sont introduites

and content of which have to be largely determined by implication” (p. 776). These correspond to Treitel’s category of terms implied in law.

Relying on the decision of the House of Lords in *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, Le Dain J. suggested that the test for implication of a term as a matter of law is necessity. An examination of that case reveals what is meant by “necessity” in this context. In that case the House of Lords was concerned to reject the test for implication of such terms proposed by Lord Denning M.R. in dissent in the Court of Appeal, under which a court could imply in law whatever term it thought “reasonable”, including anticipating the recommendations for statutory reform of Law Reform Commissions: *Liverpool City Council v. Irwin*, [1976] 1 Q.B. 319 (C.A.). This, the House of Lords thought, seemed “to extend a long, and undesirable, way beyond sound authority” (p. 254, *per* Lord Wilberforce). In its place Lord Wilberforce said that the applicable test was that “such obligation should be read into the contract as the nature of the contract implicitly requires, no more, no less: a test, in other words, of necessity” (p. 254).

The test for “necessity” adopted by the House of Lords in *Liverpool City Council* is not whether the term is “necessary” for the very existence of the contract. All members of the House approved the implication of a term that a landlord in a tenancy agreement had an obligation to keep common parts of the building in repair. While the tenancy agreement could have continued without this term, it was necessary in a practical sense to the fair functioning of the agreement, given the relationship between the parties. As Cons J.A. described it in

«en tant qu’accessoires juridiques d’une catégorie ou d’un type particuliers de contrats, dont la nature et la teneur doivent d’une manière générale être définies par déduction» (à la p. 776). Parmi les catégories de Treitel, elles correspondent aux conditions implicites en droit.

S’appuyant sur l’arrêt qu’a rendu la Chambre des lords dans l’affaire *Liverpool City Council c. Irwin*, [1977] A.C. 239, le juge Le Dain a indiqué que la nécessité est le critère à retenir dans le cas de conditions implicites en droit. Or, l’examen de cet arrêt permet de dégager le sens à prêter au terme «nécessité» dans ce contexte. Il s’agit là d’une affaire dans laquelle la Chambre des lords s’est attachée à écarter le critère pour l’introduction de telles conditions proposé par le maître des rôles lord Denning dans ses motifs de dissidence en Cour d’appel, critère suivant lequel il serait loisible à un tribunal d’introduire sur le fondement du droit toute condition qu’il juge [TRADUCTION] «raisonnable», notamment en anticipant sur les recommandations de réforme des lois que formuleraient des commissions de réforme du droit: *Liverpool City Council c. Irwin*, [1976] 1 Q.B. 319 (C.A.). Voilà qui, a estimé la Chambre des lords, semblait [TRADUCTION] «nettement déborder, et ce dans une mesure peu souhaitable, le cadre des sains principes jurisprudentiels» (à la p. 254, lord Wilberforce). Il y avait donc lieu d’appliquer plutôt, d’après lord Wilberforce, le critère selon lequel [TRADUCTION] «le contrat ne doit être interprété comme comportant une telle obligation que si la nature du contrat lui-même l’exige implicitement, ni plus ni moins; en d’autres termes, un critère de nécessité» (à la p. 254).

Le critère adopté par la Chambre des lords dans l’arrêt *Liverpool City Council* pour déterminer s’il y a «nécessité» ne consiste pas à se demander si la condition est «nécessaire» à l’existence même du contrat. Les lords juges ont été unanimes à approuver l’introduction dans un contrat de location d’une condition implicite imposant au propriétaire l’obligation de voir à l’entretien des parties communes de l’immeuble. Bien que le contrat de location aurait pu être valide sans cette condition, elle était nécessaire dans la pratique pour assurer

Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd., [1984] 1 Lloyd's Rep. 555 (Hong Kong C.A.), the House of Lords took a "practical view of necessity" (p. 560). I note that although the Privy Council reversed Cons. J.A. in the result, it specifically approved as correct the analytical approach adopted by him: [1986] A.C. 80, at pp. 104-5.

Lord Wilberforce relied on the earlier decision of the House in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, in stating that in determining what is necessary regard must be had to both "the inherent nature of a contract and of the relationship thereby established" (pp. 254-55). As Viscount Simonds said in that case, the question is whether the term sought to be implied is a "necessary condition" of the contractual relationship. Thus:

... the real question becomes, not what terms can be implied in a contract between two individuals who are assumed to be making a bargain in regard to a particular transaction or course of business; we have to take a wider view, for we are concerned with a general question, which, if not correctly described as a question of status, yet can only be answered by considering the relation in which the drivers of motor-vehicles and their employers generally stand to each other. Just as the duty of care, rightly regarded as a contractual obligation, is imposed on the servant, or the duty not to disclose confidential information, or the duty not to betray secret processes, just as the duty is imposed on the master not to require his servant to do any illegal act, just so the question must be asked and answered whether in the world in which we live today it is a necessary condition of the relation of master and man that the master should, to use a broad colloquialism, look after the whole matter of insurance. [At p. 576, citations omitted.]

l'équité du contrat, étant donné les rapports entre les parties. Comme l'a dit le juge Cons dans l'affaire *Tai Hing Cotton Mill Ltd. c. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 555 (C.A. Hong Kong), la Chambre des lords a adopté un [TRADUCTION] «point de vue . . . pratique à l'égard de la nécessité» (à la p. 560). Notons que, si le Conseil privé a fini par rejeter la conclusion du juge Cons, il a expressément approuvé la méthode analytique employée par celui-ci: [1986] A.C. 80, aux pp. 104 et 105.

Lord Wilberforce, se fondant sur l'arrêt antérieur rendu par la Chambre des lords dans l'affaire *Lister c. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, a affirmé que pour déterminer ce qui est nécessaire il faut tenir compte de [TRADUCTION] «la nature intrinsèque d'un contrat et des relations créées par lui» (aux pp. 254 et 255). Comme l'a affirmé le vicomte Simonds dans la même affaire, la question est de savoir si la condition implicite que l'on cherche à introduire constitue un [TRADUCTION] «élément nécessaire» des relations contractuelles. Le vicomte Simonds s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] . . . la question véritable à ce moment-là n'est pas de savoir quels termes implicites peuvent être insérés dans un contrat entre deux individus qui sont réputés avoir conclu un marché relativement à une opération ou à une affaire particulière; il faut plutôt adopter un point de vue plus large, car il s'agit d'une question générale qui, si elle n'est pas à proprement parler une question de statut, ne peut néanmoins recevoir une réponse qu'au moyen d'une étude des rapports qui existent généralement entre les chauffeurs de véhicules automobiles et leurs employeurs. De même qu'on impose à l'employé une obligation de diligence, considérée à juste titre comme découlant d'un contrat, ou l'obligation de ne pas divulguer des renseignements confidentiels, ou l'obligation de ne pas trahir des procédés secrets, et de même qu'on impose à l'employeur l'obligation de ne pas exiger de son employé qu'il commette un acte illégal, de même il faut répondre à la question de savoir si, dans le monde d'aujourd'hui, il est un élément nécessaire des relations entre employeur et employé que l'employeur doit, pour s'exprimer d'une manière très familière, s'occuper de toute la question de l'assurance. [À la p. 576, références omises.]

In the same way, the question which courts have been asking themselves is whether in the world in which we live today it is a necessary condition of the relation (to use more modern language) of employer and employee that there should be a contractual duty imposed on the employer to provide the employee with reasonable notice of termination. The answer provided has been a resounding "yes". I agree with the following comment of Treitel on the *Liverpool City Council* necessity test: "it is, with respect, hard to see any difference between attaching a legal incident to a contract on the ground of necessity and imposing a duty" (p. 162). To my mind, where the law has for many years imposed a legal duty on contracting parties, as it has in implying the term that employers must give employees reasonable notice of termination, that duty has clearly been found to be "necessary" in the sense required by both the House of Lords in *Liverpool City Council* and this Court in *CP Hotels*.

Viewed thus, the error of the Court of Appeal was to characterize a term properly implied in law as a term to be implied in fact. This led the court to look to the intention of the parties, as revealed in their course of dealing and the notice terms (now null and void) of their employment contracts, in determining what notice period ought to be implied. As the parties had contracted for less than reasonable notice of termination, the court held that it would be improper to imply a reasonable notice term into the contracts, and held the plaintiffs to be entitled only to the minimum notice periods required by the Act.

But what is at issue is not the intention of the parties, but the legal obligation of the employer, implied in law as a necessary incident of this class of contract. That duty can be displaced only by an express contrary agreement: see *Sterling Engineering Co. v. Patchett*, [1955] A.C. 534 (H.L.), at

De même, la question que se sont posée les tribunaux est celle de savoir si, dans le monde d'aujourd'hui, il est un élément nécessaire des relations entre employeur et employé que l'employeur se voit imposer l'obligation contractuelle de donner à l'employé un préavis raisonnable de licenciement. La réponse à cette question a été un «oui» retentissant. Je souscris à l'observation suivante de Treitel concernant le critère de nécessité énoncé dans l'arrêt *Liverpool City Council*: [TRADUCTION] «avec égards, il est difficile de voir quelle différence il peut y avoir entre, d'une part, invoquer la nécessité pour assortir un contrat d'un accessoire juridique et, d'autre part, imposer une obligation» (à la p. 162). Selon moi, lorsque le droit impose depuis bien des années une obligation légale aux parties contractantes, comme il le fait par l'introduction d'une condition implicite obligeant les employeurs à donner aux employés un préavis raisonnable de licenciement, cette obligation a de toute évidence été jugée «nécessaire» au sens où l'entendent la Chambre des lords dans l'arrêt *Liverpool City Council* et notre Cour dans l'arrêt *Société hôtelière CP*.

Dans cette optique, l'erreur de la Cour d'appel a consisté à qualifier de condition implicite découlant des faits une condition qui est, à juste titre, implicite en droit. Cela a amené la cour à rechercher l'intention des parties telle qu'elle se dégage des relations entre ces dernières et des conditions relatives au préavis (maintenant nulles et sans effet) de leurs contrats de travail, afin de déterminer la période de préavis qu'il fallait sous-entendre. Puisque les parties avaient stipulé moins qu'un préavis raisonnable de licenciement, la cour a statué qu'il ne conviendrait pas d'introduire dans les contrats une condition implicite exigeant un préavis raisonnable et a dit que les demandeurs n'avaient droit qu'aux périodes minimales de préavis prescrites par la Loi.

La question en litige ne concerne toutefois pas l'intention des parties, mais porte sur l'obligation légale de l'employeur, implicite en droit à titre d'accessoire nécessaire de ce type de contrat. Cette obligation ne peut être écartée que par un accord exprès à cet effet: voir *Sterling Engineering Co. c.*

pp. 543-44 *per* Viscount Simonds and at p. 547 *per* Lord Reid; Treitel, *supra*, at pp. 161-62. Since there is no contrary agreement here, the Act having rendered what contrary agreement there was null and void, the reasonable term of notice implied by the law is not displaced and will be imposed by the court.

I would dispose of the appeal as proposed by Iacobucci J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Howard Levitt & Associates, Toronto.

Solicitors for the respondent: Miller, Thomson, Toronto.

Patchett, [1955] A.C. 534 (H.L.), aux pp. 543 et 544, le vicomte Simonds, et à la p. 547, lord Reid, ainsi que Treitel, *op. cit.*, aux pp. 161 et 162. Comme il n'y a pas de tel accord en l'espèce, ce que les parties ont convenu relativement au préavis ayant été rendu nul et sans effet par la Loi, la condition implicite d'un préavis raisonnable découlant du droit n'est pas écartée et sera en conséquence imposée par la cour.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par le juge Iacobucci.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Howard Levitt & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Miller, Thomson, Toronto.

Septimus Neverson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NEVERSON

File No.: 22587.

1992: April 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Addresses to jury — Accused charged with murder — Murder weapon found in accused's car — Defence counsel incorrectly summarizing evidence concerning access to accused's car in his address to jury — Defence counsel's errors not corrected in trial judge's charge — Accused's acquittal set aside by Court of Appeal and new trial ordered — Verdict would not have been necessarily the same if evidence had been correctly summarized.

Cases Cited

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

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1991), 69 C.C.C. (3d) 80, 42 Q.A.C. 16, setting aside the accused's acquittal on a charge of first degree murder, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Ivan Lerner, for the appellant.

Normand J. Chénier, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Chénier. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Stevenson.

Septimus Neverson *Appelant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. NEVERSON

^b N° du greffe: 22587.

1992: 30 avril.

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

^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

^d *Droit criminel — Procès — Exposés au jury — Accusé inculpé de meurtre — Arme du meurtre trouvée dans la voiture de l'accusé — Dans son exposé au jury, l'avocat de la défense a mal résumé la preuve concernant l'accès à la voiture de l'accusé — Le juge du procès n'a pas corrigé l'erreur de l'avocat de la défense dans ses directives au jury — L'acquiescement de l'accusé a été annulé par la Cour d'appel et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée — Le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si la preuve avait été bien résumée.*

^f **Jurisprudence**

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

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1991), 69 C.C.C. (3d) 80, 42 Q.A.C. 16, qui a annulé l'acquiescement de l'accusé d'une accusation de meurtre au premier degré et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

^h *Ivan Lerner*, pour l'appelant.

Normand J. Chénier, pour l'intimée.

ⁱ Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^j LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Chénier. La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge Stevenson.

STEVENSON J.—This is an appeal, as of right, from a judgment of the Quebec Court of Appeal ordering a new trial when the accused, appellant, had been acquitted at trial by a jury.

Before us, counsel for the appellant quite properly and fairly conceded that the dissenting member of the Court of Appeal had based her disagreement with the majority of that court on one single question: accepting that the trial judge erred, had the Crown, after demonstrating the error, also met the burden of showing that on a new trial the verdict would not necessarily have been the same. That test was recently discussed in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374. We are in agreement with the conclusions of McCarthy and Nichols J.J.A. on that question. The judgment ordering a new trial stands.

The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Ivan Lerner, Montréal.

Solicitor for the respondent: Normand J. Chénier, Montréal.

LE JUGE STEVENSON—Le présent pourvoi est formé de plein droit contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès alors que l'accusé, ici l'appelant, avait été acquitté par un jury à son procès.

Devant nous, l'avocat de l'appelant a reconnu, tout à fait à juste titre, que le juge dissident en Cour d'appel avait fondé sur une seule question son désaccord avec les juges formant la majorité de cette cour: en admettant que le juge du procès a commis une erreur, le ministère public, après avoir démontré l'existence de cette erreur, s'est-il acquitté du fardeau de prouver que le verdict rendu à la suite d'un nouveau procès n'aurait pas nécessairement été le même. Ce critère a été analysé récemment dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 374. Nous sommes d'accord avec les conclusions des juges McCarthy et Nichols sur ce point. Le jugement ordonnant la tenue d'un nouveau procès est maintenu.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant: Ivan Lerner, Montréal.

Procureur de l'intimée: Normand J. Chénier, Montréal.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 7, 1992 Vol. 1

and Tables

Cited as [1992] 1 S.C.R. { ^H
1017-1201

7^e cahier, 1992 Vol. 1

et Tables

Renvoi [1992] 1 R.C.S. { ^H
1017-1201

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are asked to take note of the following changes relating to hearings of appeals.

1. Hours of hearings

Beginning with the 1992 Fall Session, morning cases will begin at 10:15 a.m. and afternoon cases will start at 2 p.m.

2. Time allowed for argument

Normally each side has up to one hour for their principal argument. If the appellant uses the entire hour allotted for argument in the principal argument, five minutes will be allotted for reply. If the appellant does not use the entire hour for principal argument, up to a maximum of fifteen additional minutes may be taken thus giving up to twenty minutes for reply.

A party not satisfied with the allotted time may make a motion for more time to the Registrar.

The Registrar will consult with counsel or their Ottawa agents prior to the inscription day to obtain firm commitments for the time required for argument. Once the times have been settled, the Court will expect counsel to keep within the allotted time.

This notice replaces the notice of September 1987.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés de noter les modifications suivantes apportées au déroulement des audiences.

1. Heures des audiences

À compter de la session d'automne 1992, l'audience du matin débutera à 10 h 15 et celle de l'après-midi débutera à 14 h.

2. Durée des plaidoiries

Chaque côté dispose normalement d'une heure pour la plaidoirie principale. Si l'appelant utilise toute l'heure qui lui est allouée pour sa plaidoirie principale, cinq minutes lui sont accordées pour sa réplique. Si l'appelant n'utilise pas toute l'heure allouée pour sa plaidoirie principale, il peut reporter un maximum de quinze minutes aux cinq minutes de réplique normalement attribuées, soit au plus vingt minutes de réplique.

Une partie insatisfaite du temps accordé peut s'adresser au registraire par requête pour obtenir plus de temps.

Le registraire consultera les avocats ou leurs correspondants à Ottawa pour obtenir un engagement ferme sur le temps nécessaire aux plaidoiries. Une fois le temps fixé, la Cour s'attend à ce que les avocats s'y conforment.

Cet avis remplace l'avis du mois de septembre 1987.

ANNE ROLAND
REGISTRAR REGISTRAIRE

July 1992

Juillet 1992

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1992.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Errata.....	iv
Motions.....	v
Table of Judgments.....	xiii
Table of Cases Cited.....	xxi
Statutes and Regulations Cited.....	xxxvii
Authors Cited.....	xliv
Index.....	1185

Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co. 1021

Torts — Negligence — Economic loss — Railway bridge owned by Crown damaged by barge — Bridge used by railways under contract — Bridge owner recovering damages

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
LYNE RENAUD

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1992.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xvii
Table de la jurisprudence.....	xxi
Lois et règlements cités.....	xli
Doctrine citée.....	xliv
Index.....	1193

Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co..... 1021

Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte économique — Dommages causés par un chaland à un pont ferroviaire appartenant à l'État — Pont utilisé par des compagnies ferro-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

from defendants — Railways unable to recover economic losses from bridge owner — Whether or not defendants liable to railways using bridge for economic loss.

R. v. Pasini 1017

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Stays of proceedings ordered by Superior Court judge quashed.

SOMMAIRE (Fin)

viaires en vertu d'un contrat — Défendeurs tenus de verser des dommages-intérêts au propriétaire du pont — Impossibilité pour les compagnies ferroviaires de se faire indemniser de leurs pertes économiques par le propriétaire du pont — Les défendeurs sont-ils responsables de la perte économique subie par les compagnies ferroviaires qui utilisent le pont?

R. c. Pasini 1017

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Annulation de l'arrêt des procédures ordonné par le juge de la Cour supérieure.



1992 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secretaries
Suzanne Giguère
Lyne Renaud

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtiistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secrétaires
Suzanne Giguère
Lyne Renaud

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

The Honourable FRANK IACOBUCCI

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

L'honorable FRANK IACOBUCCI

ERRATA

- [1992] 1 S.C.R. p. 93, line 3 of the English version.
Read "fully apprised" instead of "fully appraised".
- [1992] 1 S.C.R. p. 101, line e-4 of the English version.
Read "fully apprised" instead of "fully appraised".
- [1992] 1 S.C.R. p. 355, line f-3 of the French version.
Read "Richard-Chagnon" instead of "Richard-Gagnon".
- [1992] 1 S.C.R. p. 587, line j-1 of the French version.
Read "tirée de la *Loi sur les règlements*" instead of "tirée la *Loi sur les règlements*".
- [1992] 1 R.C.S. p. 93, ligne 3 de la version anglaise.
Lire «fully apprised» au lieu de «fully appraised».
- [1992] 1 R.C.S. p. 101, ligne e-4 de la version anglaise.
Lire «fully apprised» au lieu de «fully appraised».
- [1992] 1 R.C.S. p. 355, ligne f-3 de la version française.
Lire «Richard-Chagnon» au lieu de «Richard-Gagnon».
- [1992] 1 R.C.S. p. 587, ligne j-1 de la version française.
Lire «tirée de la *Loi sur les règlements*» au lieu de «tirée la *Loi sur les règlements*».

MOTIONS—REQUÊTES

- 99935 Canada Ltée c. 2411-3706 Québec Inc.* (Qué.), 22759, leave to appeal refused with costs, 2.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- ABC Color & Sound Ltd. v. Royal Bank of Canada* (Alta.), 22682, leave to appeal refused with costs, 12.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A. K. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22786, leave to appeal refused, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Aalders c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22617, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Air Saguenay (1980) Inc. c. British Aviation Insurance Co.* (Qué.), 22679, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Airphoto Analysis Associates Consultants Ltd. v. McBride* (Ont.), 22697, leave to appeal refused with costs, 27.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Alberta Union of Provincial Employees v. University Hospital Board* (Alta.), 22656, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Amanda G. v. Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* (Ont.), 22833, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Assaly c. Canada Deposit Insurance Corporation* (Alta.), 22799, leave to appeal refused with costs, 30.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Nova Scotia v. Stora Forest Industries Ltd.* (N.S.), 22707, leave to appeal refused with costs, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Auger v. Workers Compensation Board* (Alta.), 22557, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Badicel c. Services financiers Paccar Ltée* (Qué.), 22653, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Banash v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22757, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Banco Nacional de Cuba v. Bank of Nova Scotia* (Ont.), 22568, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beliveau c. Brousseau* (Qué.), 22721, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beliveau c. Brousseau* (Qué.), 22722, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beliveau c. Peries-Brousseau* (Qué.), 22718, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beliveau c. Peries-Brousseau* (Qué.), 22719, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Beliveau c. Peries-Brousseau* (Qué.), 22720, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Berg v. University of British Columbia School of Family and Nutritional Sciences* (B.C.), 22638, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Berquist v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22837, leave to appeal refused, 16.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Bourque v. Wells* (N.B.), 22648, leave to appeal refused with costs, 12.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brethour v. Metropolitan Licensing Commission of Metropolitan Toronto* (Ont.), 22626, leave to appeal refused with costs, 26.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Breton c. Habitat Ste-Foy (1982) Inc.* (Qué.), 22646, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- British Columbia Council of Human Rights v. University of British Columbia and the School of Family and Nutritional Sciences* (B.C.), 22640, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Brown v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22872, leave to appeal refused, 2.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Bunn v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22774, leave to appeal refused, 26.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Burrard Motor Inn Ltd. v. Lysack* (B.C.), 22690, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Post Corporation v. Canadian Union of Postal Workers* (N.S.), 22752, leave to appeal refused, 26.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Broadcasters Retransmission Rights Agency Inc. v. F. W. S. Joint Sports Claimants* (F.C.A.)(Ont.), 22631, leave to appeal refused with costs, 9.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian National Railway Co. v. Oakville Storage and Forwarders Ltd.* (Ont.), 22507, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Pacific Ltd. v. Abramovic* (Ont.), 22803, leave to appeal refused with costs, 28.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Caron c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22824, leave to appeal refused, 28.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Caros Investments Ltd. v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 22754, leave to appeal refused with costs, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Carter v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22737, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Choonie v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22728, leave to appeal refused, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Chrisgian v. B. C. Rail Ltd.* (B.C.), 22619, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chrysler Canada Ltd. v. Competition Tribunal and the Director of Investigation and Research* (F.C.A.)(Ont.), 22746, leave to appeal refused, 9.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Ciment Québec Inc. c. Corporation municipale de la municipalité de Saint-Basile, village sud* (Qué.), 22749, leave to appeal granted, 26.3.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Collier v. Collier* (N.B.), 22753, leave to appeal refused with costs, 26.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Conway v. The Queen* (Crim.)(F.C.A.)(Ont.), 22633, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Corporation of the City of Courtenay v. Parker* (B.C.), 22595, leave to appeal refused with costs, 13.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the County of Simcoe v. Vokes* (Ont.), 22609, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Côté c. Informatique Vidéotron Ltée* (Qué.), 22667, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Council of the College of Physicians and Surgeons of Saskatchewan v. Misra* (Sask.), 21140, notice of discontinuance filed, 27.1.92, avis de désistement produit.
- Coutu c. Investissements Cema Suisse Ltée* (Qué.), 22699, leave to appeal refused, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Croft & Finlay v. Rieger* (B.C.), 22689, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D. (R.) v. S. (W.)* (B.C.), 22630, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- D. Atwill Morin & Fils Inc. c. 147310 Canada Inc.* (Qué.), 22785, leave to appeal refused with costs, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dancorp Developments Ltd. v. Realtech Realty Corporation* (B.C.), 22777, leave to appeal refused with costs, 16.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Daniels v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22615, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Dean v. Fobel* (Sask.), 22692, leave to appeal refused with costs, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dee v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Man.), 22669, leave to appeal refused, 13.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Dee v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Man.), 22670, leave to appeal refused, 13.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Dersch v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22483, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Dipchand v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22736, notice of discontinuance filed, 2.4.92, avis de désistement produit.
- Dorscheid v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22724, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Drakes c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22748, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Dressew Supply Ltd. v. Laurentian Pacific Insurance Co.* (B.C.), 22586, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dumaresq v. Freeway Plymouth Chrysler Ltd.* (B.C.), 22599, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- E. P. v. Children's Aid Society of the County of Lanark* (Ont.), 22851, leave to appeal refused, 21.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Eli Lilly and Company v. Apotex Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 22594, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Elkman Development Corporation c. Dubord Construction Inc.* (Qué.), 22776, leave to appeal refused with costs, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Enns v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 22184, notice of discontinuance filed, 23.3.92, avis de désistement produit.
- Entreprises Grutman Inc. c. L'Archevêque & Rivest Ltée* (Qué.), 22641, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Epstein v. Epstein* (N.B.), 22813, leave to appeal refused, 26.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Falardeau c. Gingras* (Qué.), 22625, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Felawka v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22783, leave to appeal granted, 26.3.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Fenton v. Forensic Psychiatric Services Commission* (B.C.), 22612, leave to appeal refused, 9.4.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Ferlac Inc. c. Société d'entraide économique d'Alma* (Qué.), 22701, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Flick v. Bunce* (Sask.), 22605, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Frank v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 22678, leave to appeal refused, 27.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- French v. Tronrud* (Man.), 22723, leave to appeal refused with costs, 12.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- G. (R. R.) v. P. (D. E.)* (Sask.), 22683, leave to appeal refused with costs, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gauthier c. Banque nationale du Canada* (Qué.), 22778, leave to appeal refused with costs, 14.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- General Electric Canada Inc. v. Beloit Canada Ltée* (F.C.A.)(Ont.), 22675, leave to appeal refused with costs, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co.* (B.C.), 22710, leave to appeal refused with costs, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Golden Horse Farms Inc. v. Household Trust Co.* (B.C.), 22768, leave to appeal refused with costs, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Graham v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22643, leave to appeal refused, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Gravel c. Arthur* (Qué.), 22685, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gray v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22573, leave to appeal refused, 23.1.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Greenwood v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22908, leave to appeal refused, 14.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Hughes v. City of Moncton* (N.B.), 22745, leave to appeal refused with costs, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hunt v. Lac D'Amiante du Québec Ltée* (B.C.), 22637, leave to appeal granted, 16.1.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Huppe v. Nychka* (Alta.), 22795, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- J. J. M. v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22790, leave to appeal granted, 9.4.92, autorisation de pourvoi accordée.
- J. M. Voit Gmbh v. Beloit Canada Ltée* (F.C.A.)(Ont.), 22674, leave to appeal refused with costs, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J. M. Voit Gmbh v. Beloit Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 22672, leave to appeal refused with costs, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Janitzki v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22779, leave to appeal refused, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Jeanette B.B.Q. Ltée c. Caisse Populaire de Tracadie Ltée* (N.-B.), 22662, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jeans Leslie Inc. c. Goldstein* (Qué.), 22629, leave to appeal refused with costs, 9.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jewer v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22822, leave to appeal refused, 30.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Juneau c. Ville de Québec* (Qué.), 22791, leave to appeal refused with costs, 14.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Karfilis v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22663, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Kaysaywaysemat v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22877, leave to appeal refused, 21.5.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Konica Canada Inc. v. Canadian Olympic Association* (F.C.A.)(Ont.), 22807, leave to appeal refused with costs, 14.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lacey v. The Queen in right of Canada* (F.C.A)(Sask.), 22687, leave to appeal refused with costs, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lacika v. Ontario New Home Warranty Program* (Ont.), 22716, leave to appeal refused, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Lagacé c. Poirier* (Qué.), 22504, leave to appeal refused with costs, 2.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lalancette c. Centre des services sociaux de la Côte-Nord* (Qué.), 22600, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Lapointe c. Domtar Inc.* (Qué.), 22717, leave to appeal granted, 26.3.92, autorisation de pourvoi accordée.
- L'Archevêque & Rivest Ltée c. Major* (Qué.), 22651, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Latham v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 21808, leave to appeal refused, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Laurentienne générale, Compagnie d'assurance Inc. c. Les pétroles Irving Inc.* (Qué.), 22657, leave to appeal refused with costs, 21.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lloyd v. Fox* (B.C.), 22698, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ly v. The Queen* (Crim.)(Man.), 22526, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- MacDonald v. Fobel* (Sask.), 22692, leave to appeal refused with costs, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Macooh v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22747, leave to appeal granted, 26.3.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Maglis v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22727, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Mahendran v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 22661, leave to appeal refused, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Marlow v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 22694, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Martinoff v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22680, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Massia v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22733, leave to appeal refused, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- McColeman v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22838, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- McSpadden v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22887, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Meadley v. Tobias* (B.C.), 22614, leave to appeal refused, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée.
- MI Movers International Transport Services Ltd. v. Trigg* (Ont.), 22742, leave to appeal refused with costs, 26.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mihaljevic v. The Queen in Right of British Columbia* (B.C.), 22581, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Miller v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22731, leave to appeal refused, 30.1.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Mirucki c. L'Université du Québec à Montréal* (Qué.), 22684, leave to appeal refused with costs, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mohr v. Scoffield* (Alta.), 22784, leave to appeal refused with costs, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Monasterios c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22764, leave to appeal refused, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Mondev International Ltd. v. Campeau Corporation* (Ont.), 22802, leave to appeal refused with costs, 7.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morley v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22709, leave to appeal refused, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Morrow v. Constantini* (B.C.), 21704, leave to appeal refused; 16.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrow v. Vegreville Federal Riding Progressive Conservative Association No. 23* (Alta.), 22654, leave to appeal refused, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Murphy (John M.) v. Atlas Supply Company of Canada Ltd.* (N.S.), 22520, notice of discontinuance filed, 1.4.92, avis de désistement produit.
- Murphy (Sharon-Leigh) v. Welsh* (Ont.), 22542, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Niagara Air Bus Inc. v. Camerman* (Ont.), 22642, leave to appeal refused with costs, 27.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nuosci v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22770, leave to appeal refused, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Oland v. Canada Deposit Insurance Corporation* (Alta.), 22797, leave to appeal refused with costs, 30.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Oliver v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 22761, leave to appeal refused with costs, 16.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Panamericana de Bienes y Servicios v. Energy Resources Conservation Board* (Alta.), 22655, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paradis c. Ville de Vanier* (Qué.), 22627, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Perry v. Wylde* (N.S.), 22788, leave to appeal refused with costs, 30.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pick v. Pick* (Sask.), 22735, leave to appeal refused, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Plant v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22606, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Poutsoungas v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22800, leave to appeal refused, 2.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Price Waterhouse Ltd. v. MacCulloch* (N.S.), 22547, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quirault c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22865, leave to appeal refused, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Benn* (Crim.)(Alta.), 22677, leave to appeal refused, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. D.O.L.* (Crim.)(Man.), 22660, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Endicott* (Crim.)(Alta.), 22810, leave to appeal granted, 9.4.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Hasselwander* (Crim.)(Ont.), 22725, leave to appeal granted, 26.3.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Lorentz-Aflalo* (Crim.)(Qué.), 22597, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Pawlowski* (Crim.)(Ont.), 22566, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. S. M.* (Crim.)(Nfld.), 22827, leave to appeal refused, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Stringer* (Crim.)(Nfld.), 22830, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Thomas* (Crim.)(Nfld.), 22703, leave to appeal granted, 9.4.92, autorisation de pourvoi accordée.
- R.N.R. Transport Ltée c. Services financiers Paccar Ltée* (Qué.), 22652, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rainville c. Noël* (Qué.), 22558, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Roberts v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22541, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Rousseau c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22695, leave to appeal refused, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Rube v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22903, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- S. (Guy) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22762, leave to appeal refused, 30.1.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Salamon v. R. in Right of Canada* (Alta.), 22639, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Salamon v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22798, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Sawyer v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22755, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Schultz v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 22844, leave to appeal refused, 14.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Sicotte c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22590, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Sie-Mac Pipeline Contractors Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 22775, leave to appeal granted, 26.3.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Simon c. Municipalité d'Oka* (Qué.), 22751, leave to appeal refused with costs, 2.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Skirzyk v. Crawford* (Man.), 22658, leave to appeal refused with costs, 13.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22740, leave to appeal refused, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Speid v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22878, leave to appeal refused, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- St. Cyr v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 20986, notice of discontinuance filed, 29.1.92, avis de désistement produit.
- Starr v. Star* (Qué.), 22544, leave to appeal refused with costs, 6.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Steinbach Credit Union Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corporation* (Man.), 22782, leave to appeal refused with costs, 16.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stoddard v. Watson* (Ont.), 22601, leave to appeal granted, 6.2.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Sussex Realty Corporation v. Begusic* (B.C.), 22704, leave to appeal refused with costs, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Symes v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 22659, leave to appeal granted, 26.3.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Syndicat démocratique des salariés de la scierie Leduc c. Daishowa Inc.* (Qué.), 22693, leave to appeal refused with costs, 9.4.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des employés du Centre de services sociaux Ville-Marie c. Gagnon* (Qué.), 22613, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tardi c. Caisse populaire d'Outremont* (Qué.), 22647, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Taylor v. The Queen in right of the United Kingdom of Great Britain* (Crim.)(Ont.), 22686, leave to appeal refused, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Technisol Inc. c. Dubeau* (Qué.), 22623, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tucker v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22554, leave to appeal refused, 28.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Tucker v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22555, leave to appeal refused, 28.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Turner v. The Queen* (F.C.A.)(Y.T.), 22681, leave to appeal refused, 13.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- V.L.P. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22794, leave to appeal granted, 26.3.92, autorisation de pourvoi accordée.
- Valentin c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration du Canada* (C.A.F.)(Qué.), 22688, leave to appeal refused, 5.3.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Valmet-Montreal Inc. v. Beloit Canada Ltée* (F.C.A.)(Ont.), 22673, leave to appeal refused with costs, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Valmet-Montreal Inc. v. Beloit Corporation* (F.C.A.)(Ont.), 22671, leave to appeal refused with costs, 19.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Van Maarion v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22611, leave to appeal refused, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée.

- Varga v. Bunce* (Sask.), 22604, leave to appeal refused with costs, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Via Rail Canada Inc. v. Smith* (Ont.), 22820, leave to appeal refused with costs, 28.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vigeant c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22712, leave to appeal refused, 20.2.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Vigeant c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 22713, leave to appeal refused, 28.5.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Vokes v. Vokes* (Ont.), 22628, leave to appeal refused, 16.1.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Volker Stevin Contracting Ltd. v. Canadian National Railway Co.* (Alta.), 22805, notice of discontinuance filed, 12.2.92, avis de désistement produit.
- Wagner (Frederick) v. Bank of Montreal* (Ont.), 22743, leave to appeal refused with costs, 26.3.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wagner (Grant) v. Wagner* (B.C.), 22815, leave to appeal refused with costs, 28.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Waryk v. Bank of Montreal* (B.C.), 22769, leave to appeal refused with costs, 7.5.92, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Winters v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 22839, leave to appeal refused, 16.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Yaeck v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22821, leave to appeal refused, 23.4.92, autorisation de pourvoi refusée.
- Yarema v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 22836, leave to appeal refused, 2.4.92, autorisation de pourvoi refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		D	
Alberta (Attorney General), United Nurses of Alberta v.....	901	Commission see also “Canada” or the name of province	
Assoc. des intermédiaires en assurance de personnes du Québec, Life Underwriters Assn. of Canada v.....	449	Côté, R. v.	1017
Attorney General see also “Canada” or the name of province		D	
B		Deslongchamps, R. v.	1017
Bain, R. v.	91	Droit de la famille — 594	183
Butler, R. v.	452	Droit de la famille — 903	210
C		Dufresne, R. v.	1017
Canada (Deputy Minister of Agriculture), Thomson v.	385	Duncanson, R. v.	836
Canada (Minister of Employment and Immigration, Canadian Council of Churches v.....	236	E	
Canada (Minister of Employment and Immigration), Chiarelli v.....	711	Ellis-Don Ltd., R. v.....	840
Canada (Minister of Transport), Friends of the Oldman River Society v.	3	F	
Canada, Williams v.	877	Forster, R. v.....	339
Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	236	Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.....	647
Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.	1021	Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport).....	3
Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	711	G	
CIP Inc., R. v.	843	Généreux, R. v.	259
Clunas, R. v.	595	Green, R. v.	614
A		H	
B		HOJ Industries Ltd., Lefebvre v. (Motion).....	831
C		HOJ Industries Ltd., Machtinger v.....	986
D		Hôpital Le Gardeur, Lapointe v.	351
E		Hôpital Le Gardeur, Lapointe v.	382

	PAGE		PAGE
J		O	
Juneau, R. v.	1017	Office see also "Canada" or the name of province	
L		P	
L. (P.), M. (M.E.) v.	183	P. (G.R.), T. (K.N.) v.	210
Laberge, R. v.	1017	P.L., M.E.M. v.	183
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	351	Pasini, R. v.	1017
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	382	Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters, Life Underwriters Assn. of Canada v.	449
Lavigne, R. v.	1017	Q	
Lefebvre v. HOJ Industries Ltd. (Motion).....	831	Quebec (Attorney General), Sinclair v.	579
Life Underwriters Assn. of Canada v. Association des intermédiaires en assurance de person- nes du Québec.....	449	Quebec (Attorney General) v. Transport G. Courchesne Inc.	621
Life Underwriters Assn. of Canada v. Provincial Assn. of Quebec Life Underwriters	449	Quebec (Commission des affaires sociales), Trem- blay v.	952
Lohnes, R. v.	167	Québec (Communauté urbaine) v. Services de santé du Québec.....	426
M		Queen see also "R."	
M.E.M. v. P.L.	183	R	
M. (M.E.) v. L. (P.)	183	R. v. Bain	91
M. (W.H), R. v.	984	R. v. Butler	452
Machtinger v. HOJ Industries Ltd.	986	R. v. CIP Inc.	843
Martin, R. v.	838	R. v. Ciunas	595
Metropolitan Life Insurance Co., Frenette v.	647	R. v. Côté	1017
Milne, R. v.	697	R. v. Deslongchamps	1017
Minister see also "Canada" or the name of prov- ince		R. v. Dufresne	1017
Moore, R. v.	619	R. v. Duncanson	836
Morin, R. v.	771	R. v. Ellis-Don Ltd.	840
N		R. v. Forster	339
Neverson, R. v.	1014	R. v. Généreux	259
Newfoundland (Board of Commissioners of Pub- lic Utilities), Newfoundland Telephone Co. v.	623	R. v. Green	614
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)	623	R. v. Juneau	1017
Norsk Pacific Steamship Co., Canadian National Railway Co. v.	1021	R. v. Laberge	1017
		R. v. Lavigne	1017
		R. v. Lohnes	167
		R. v. M. (W.H.)	984
		R. v. Martin	838
		R. v. Milne	697
		R. v. Moore	619
		R. v. Morin	771
		R. v. Neverson	1014

	PAGE		PAGE
R. v. Pasini	1017	Transport G. Courchesne Inc., Quebec (Attorney General) v.....	621
R. v. Sharma.....	814	Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales).....	952
R. v. T. (V.).....	749		
R. v. Van Haarlem.....	982		
R. v. Wasser.....	1017		
R. v. Wise.....	527		
Re Wilson	875	U	
Reference re Manitoba Language Rights.....	212	Union see also under abbreviated name	
Reference re Milgaard (Can.).....	866	United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	901
Reference re Milgaard (Can.).....	875		
		V	
S			
Services de santé du Québec, Québec (Com- munauté urbaine) v.	426	Van Haarlem, R. v.....	982
Sharma, R. v.....	814		
Sinclair v. Quebec (Attorney General)	579	W	
T		Wasser, R. v.....	1017
T. (K.N.) v. P. (G.R.).....	210	Williams v. Canada	877
T. (V.), R. v.....	749	Wilson, Re	875
The Queen see also "R."		Wise, R. v.....	527
Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agricul- ture).....	385		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique
«Répertorié» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A			
Alberta (Procureur général), United Nurses of Alberta c.....	901	CIP Inc., R. c.....	843
Assoc. des assureurs-vie du Canada c. Assoc. provinciale des assureurs-vie du Québec.....	449	Clunas, R. c.	595
Assoc. des intermédiaires en assurance de personnes du Québec, Life Underwriters Assn. of Canada c.	449	Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Assoc. provinciale des assureurs-vie du Québec, Assoc. des assureurs-vie du Canada c.	449	Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	236
		Côté, R. c.....	1017
B		D	
Bain, R. c.....	91	Deslongchamps, R. c.....	1017
Butler, R. c.	452	Droit de la famille — 594.....	183
		Droit de la famille — 903.....	210
		Dufresne, R. c.....	1017
		Duncanson, R. c.	836
C		E	
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Chiarelli c.....	711	Ellis-Don Ltd., R. c.....	840
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, Conseil canadien des Églises c.	236	F	
Canada (Ministre des Transports), Friends of the Oldman River Society c.	3	Forster, R. c.....	339
Canada (Sous-ministre de l'Agriculture), Thomson c.	385	Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie	647
Canada, Williams c.	877	Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports).....	3
Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	711	G	
Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.....	1021	Généreux, R. c.....	259
		Green, R. c.	614

	PAGE		PAGE
H		Norsk Pacific Steamship Co., Cie des chemins de fer nationaux du Canada c.	1021
HOJ Industries Ltd., Lefebvre c. (Requête).....	831	O	
HOJ Industries Ltd., Machtinger c.	986	Office voir aussi «Canada» ou nom de la province	
Hôpital Le Gardeur, Lapointe c.	351	P	
Hôpital Le Gardeur, Lapointe c.	382	P. (G.R.), T. (K.N.) c.	210
J		P.L., M.E.M. c.	183
Juneau, R. c.	1017	Pasini, R. c.	1017
L		Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province	
L. (P.), M. (M.E.) c.	183	Q	
La Reine voir aussi «R.»		Québec (Commission des affaires sociales), Trem- blay c.	952
Laberge, R. c.	1017	Québec (Communauté urbaine) c. Services de santé du Québec.....	426
Lapointe c. Hôpital Le Gardeur	351	Québec (Procureur général) c. Transport G. Courchesne Inc.	621
Lapointe c. Hôpital Le Gardeur	382	Québec (Procureur général), Sinclair c.	579
Lavigne, R. c.	1017	R	
Lefebvre c. HOJ Industries Ltd. (Requête).....	831	Reine voir aussi «R.»	
Life Underwriters Assn. of Canada c. Assoc. des intermédiaires en assurance de personnes du Québec.....	449	R. c. Bain.....	91
Lohnes, R. c.	167	R. c. Butler	452
M		R. c. CIP Inc.....	843
M.E.M. c. P.L.....	183	R. c. Clunas	595
M. (M.E.) c. L. (P.).....	183	R. c. Côté.....	1017
M. (W.H.), R. c.	984	R. c. Deslongchamps.....	1017
Machtinger c. HOJ Industries Ltd.....	986	R. c. Dufresne.....	1017
Martin, R. c.	838	R. c. Duncanson	836
Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie, Frenette c.	647	R. c. Ellis-Don Ltd.....	840
Milne, R. c.	697	R. c. Forster.....	339
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la pro- vince		R. c. Généreux.....	259
Moore, R. c.	619	R. c. Green	614
Morin, R. c.	771	R. c. Juneau	1017
N		R. c. Laberge	1017
Neverson, R. c.	1014	R. c. Lavigne	1017
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)	623	R. c. Lohnes	167
		R. c. M. (W.H.).....	984
		R. c. Martin	838

	PAGE		PAGE
R. c. Milne.....	697	Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities), Newfoundland Telephone Co. c.	623
R. c. Moore.....	619	Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture).....	385
R. c. Morin.....	771	Transport G. Courchesne Inc., Québec (Procureur général) c.....	621
R. c. Neverson.....	1014	Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales).....	952
R. c. Pasini.....	1017		
R. c. Sharma.....	814	U	
R. c. T. (V.).....	749	United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général).....	901
R. c. Van Haarlem.....	982		
R. c. Wasser.....	1017	V	
R. c. Wise.....	527	Van Haarlem, R. c.....	982
Re Wilson.....	875		
Renvoi relatif à Milgaard (Can.).....	866	W	
Renvoi relatif à Milgaard (Can.).....	875	Wasser, R. c.....	1017
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba.....	212	Williams c. Canada.....	877
		Wilson, Re.....	875
S		Wise, R. c.....	527
Services de santé du Québec, Québec (Communauté urbaine) c.....	426		
Sharma, R. c.....	814		
Sinclair c. Québec (Procureur général).....	579		
Syndicat voir aussi sous nom abrégé			
T			
T. (K.N.) c. P. (G.R.).....	210		
T. (V.), R. c.....	749		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Abramovic v. Canadian Pacific Ltd.....	(1989), 69 O.R. (2d) 487.....	1061
Adgey v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 426.....	769
Affaire de Müller et autres.....	Cour eur. D.H., arrêt du 24 mai 1988, série A n° 133.....	522
Affaire Handyside.....	Cour eur. D.H., arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24.....	522
Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.....	[1976] 2 S.C.R. 221.....	1145, 1167
Ajax & Pickering General Hospital and Canadian Union of Public Employees, Re.....	(1981), 132 D.L.R. (3d) 270.....	940, 944
Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco.....	294 U.S. 394 (1935).....	1097
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodif- fusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 2 R.C.S. 225.....	31, 81
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Ra- dio-television and Telecommunications Commission).....	[1989] 2 S.C.R. 225.....	31, 81
Allison v. Amoco Production Co.	[1975] 5 W.W.R. 501.....	1008
Amoco Transport Co. v. S/S Mason Lykes,.....	768 F.2d 659 (1985).....	1142
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	275
Angus v. Canada.....	[1990] 3 F.C. 410.....	46
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1978] A.C. 728.....	1141, 1172
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville) Association internationale des débardeurs c. Association des em- ployeurs maritimes.....	[1990] 3 R.C.S. 1170..... [1979] 1 R.C.S. 120.....	637 928
Attorney General v. British Broadcasting Corp.	[1980] 3 All E.R. 161.....	944
Attorney-General v. Johnson.....	(1819), 2 Wils. Ch. 87, 37 E.R. 240.....	54
Attorney-General v. Prince Ernest Augustus of Hanover.....	[1957] A.C. 436.....	406
Attorney General of Canada v. Murby.....	[1981] 1 F.C. 713.....	396
Attorney General of Quebec v. Blaikie.....	[1979] 2 S.C.R. 1016.....	220
Attorney General of Quebec v. Blaikie.....	[1981] 1 S.C.R. 312.....	220
Attorney-General of Quebec v. Collier.....	(1985), 23 D.L.R. (4th) 339, [1985] C.A. 559	228
Audet v. Hôtel-Dieu de Salaberry de Valleyfield.....	[1974] R.P. 236.....	682

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Australian Conservation Foundation Incorporated v. Commonwealth of Australia.....	(1980), 28 A.L.R. 257.....	245
B		
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486... 108, 310, 322, 732, 854	
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1988] 2 R.C.S. 214.....	930, 943
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney-General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	930, 943
B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.	[1986] 1 S.C.R. 228.....	1072, 1145, 1167
Balderstone and The Queen, Re	(1983), 4 D.L.R. (4th) 162.....	760
Bardal v. Globe & Mail Ltd.	(1960), 24 D.L.R. (2d) 140.....	993, 1009
Barker v. Wingo.....	407 U.S. 514 (1972).....	784, 857
Batson v. Kentucky	476 U.S. 79 (1986).....	132
Baumwoll Manufactur von Carl Scheibler v. Furness	[1893] A.C. 8.....	1088
Beaudoin-Daigneault v. Richard.....	[1984] 1 S.C.R. 2.....	360
Beauregard v. Canada	[1986] 2 S.C.R. 56.....	276, 317, 334
Beischel v. Mutual of Omaha Insurance Co.....	(1991), 82 Alta. L.R. (2d) 103.....	671
Béland v. Scott	[1983] R.D.J. 456	440
Belanger v. The King.....	(1916), 54 S.C.R. 265.....	38
Bethlehem Steel Corp. c. Administration de la voie maritime du Saint-Laurent,	[1978] 1 C.F. 464	1050
Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority	[1978] 1 F.C. 464	1050
Boivin c. Mutuelle d'Omaha (La), Cie d'assurance.....	Inédit/Unreported, C.S. Roberval n° 155-05-000065-897, 22 février, 1990.....	672
Boucher v. The Queen	[1955] S.C.R. 16.....	117
Bowen c. Ville de Montréal.....	[1979] 1 R.C.S. 511.....	435
Bowen v. City of Montreal.....	[1979] 1 S.C.R. 511.....	435
Bridge v. The Queen.....	[1953] 1 S.C.R. 8.....	408
British Columbia Telephone Co. v. Telecommunications Workers Union	(1981), 121 D.L.R. (3d) 326.....	928
Brochu v. The King	(1950), 10 C.R. 183.....	706
Brodie v. The Queen.....	[1962] S.C.R. 681	474
C		
Caisse populaire des Deux Rives v. Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu.....	[1990] 2 S.C.R. 995.....	667
Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad".....	(1976), 11 A.L.R. 227.....	1059, 1177, 1141
Canadian Broadcasting Corp. v. Quebec Police Commission	[1979] 2 S.C.R. 618.....	944
Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 662.....	855
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	404
Canadian National Railway Co. v. Courtois.....	[1988] 1 S.C.R. 868.....	75
Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal.....	[1987] 1 S.C.R. 711.....	1006, 1008
Canadian Wildlife Federation Inc. v. Canada (Minister of the Environment)	[1989] 3 F.C. 309	26

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Candler v. Crane, Christmas & Co.	[1951] 2 K.B 164.....	1110, 1180
Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter).....	[1986] A.C. 1.....	1055, 1175
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent.....	[1985] 2 R.C.S. 643.....	402, 421, 645
Cardinal v. Director of Kent Institution.....	[1985] 2 S.C.R. 643.....	402, 421, 645
Cardwell v. Lewis.....	417 U.S. 583 (1974).....	556
Carter v. Bell & Sons (Canada) Ltd.	[1936] O.R. 290.....	997
Cass. civ. 2 ^e , 28 avril 1965.....	D.S. 1965.777.....	1083, 1143
Cass. civ. 2 ^e , 25 juin 1975.....	Bull. II n ^o 195.....	1081
Cass. civ. 2 ^e , 21 février 1979.....	J.C.P. 1979, IV, 145.....	1081
Cass. civ. 2 ^e , 14 novembre 1958.....	<i>Gaz. Pal.</i> 1959.1.31.....	1082
Cattle v. Stockton Waterworks Co.	(1875), L.R. 10 Q.B. 453.....	1055, 1168
Cégep André Laurendeau v. Adanox Ltée.....	[1982] C.A. 253.....	439
Champion v. City of Vancouver.....	[1918] 1 W.W.R. 216.....	60, 383
Charles Osenton & Co. v. Johnston.....	[1942] A.C. 130.....	76
Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.	[1977] 2 S.C.R. 67.....	199
Citation Industries Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1928.....	(1988), 53 D.L.R. (4th) 360.....	941, 948
Cité de Côte St-Luc v. Canada Iron Foundries Ltd.	[1970] C.A. 62.....	408
Cité de Pont Viau v. Gauthier Mfg. Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 516.....	435
City of Victoria v. Bishop of Vancouver Island.....	[1921] 2 A.C. 384.....	406
Clarke v. Bruce & Co.	[1988] 1 All E.R. 364.....	1181
Clarkson v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 383.....	790, 823
Clayton, In re.....	[1983] 2 W.L.R. 555.....	599
Cloutier v. Hôpital le Centre hospitalier de l'Université Laval (CHUL).....	[1990] R.J.Q. 717.....	362
Cloutier v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 709.....	153, 405
Coffey v. Tran.....	J.E. 91-223.....	682
Collins v. Kappelé.....	(1983), 3 C.C.E.L. 228.....	993
Colmar, 20 avril 1955.....	D.1956.723.....	1082
Comité pour la République du Canada c. Canada.....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	323
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie.....	[1978] 1 R.C.S. 369.....	111, 147, 637
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board.....	[1978] 1 S.C.R. 369.....	111, 147, 637
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada.....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	323
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	404
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Courtois.....	[1988] 1 R.C.S. 868.....	75
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888.....	668
Cook v. Ip.....	(1985), 52 O.R. 289.....	689
Cordeau v. Cordeau.....	[1984] R.D.J. 201.....	676
Cousineau v. Le Bihan.....	[1967] Que. Q.B. 945.....	444
Crane v. Director of Public Prosecutions.....	[1921] 2 A.C. 299.....	606
Crevier c. Procureur général du Québec.....	[1981] 2 R.C.S. 220.....	936
Crevier v. Attorney General of Quebec.....	[1981] 2 S.C.R. 220.....	936

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
D		
Daniels v. White.....	[1968] S.C.R. 517.....	38
Danson c. Ontario (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1086.....	110
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086.....	110
Dechow v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 951.....	463
Devine c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 790.....	72
Devine v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 790.....	72
Director of Public Prosecutions v. Humphrys.....	[1976] 2 All E.R. 497.....	760
Domar Ocean Transportation, Ltd. v. M/V Andrew Martin.....	754 F.2d 616 (1985).....	1142
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562..... 1069, 1137, 1169	
Dorval v. Bouvier.....	[1968] S.C.R. 288.....	358
Droit de la famille — 67.....	[1985] C.A. 135.....	197
Droit de la famille — 144.....	[1987] R.J.Q. 253.....	201
Droit de la famille — 391.....	[1987] R.J.Q. 1988.....	201
Droit de la famille — 519.....	[1988] R.D.F. 349.....	201
Droit de la famille — 698.....	[1989] R.J.Q. 2261.....	202
Droit de la famille — 866.....	[1990] R.J.Q. 1833.....	199
Droit de la famille — 873.....	[1990] R.D.F. 616.....	199
Dufault v. Stevens.....	(1978), 6 B.C.L.R. 199.....	691
Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts.....	[1972] 2 R.C.S. 1132.....	434
Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts.....	[1977] 2 S.C.R. 1132.....	434
East River Steamship Corp. v. Delaval Turbine, Inc.	752 F.2d 903 (1985).....	1143
E		
Edmonton General Hospital v. United Nurses of Alberta, Local 79.....	(1990), 104 A.R. 394.....	950
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	321
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	321
Elliott Steam Tug Co. v. Shipping Controller.....	[1922] 1 K.B. 127.....	1075
Emblem Investments Ltd. v. Moretti.....	[1969] Que. Q.B. 977.....	444
Environmental Defense Fund, Inc. v. Mathews.....	410 F.Supp. 336 (1976).....	40
Erlund v. Quality Communication Products Ltd.	(1972), 29 D.L.R. (3d) 476.....	1001
F		
“Father Thames” (The).....	[1979] 2 Lloyd’s Rep. 364.....	1088
Fédération canadienne de la faune Inc. c. Canada (Ministre de l’Environnement).....	[1989] 3 C.F. 309.....	26
Finlay c. Canada (Ministre des Finances).....	[1986] 2 R.C.S. 607.....	251
Finlay v. Canada (Minister of Finance).....	[1986] 2 S.C.R. 607.....	251
Flewelling v. Johnston.....	(1921), 59 D.L.R. 419.....	54
Fowler v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 213.....	68
Frères des Écoles Chrétiennes de Montréal v. DuMesnil.....	[1973] C.A. 264.....	444
Frey v. Fedoruk.....	[1950] S.C.R. 517.....	930

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Friends of Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)	(1988), 89 A.R. 339.....	78
Friends of the Oldman River Society v. Alberta (Minister of the Environment)	(1987), 85 A.R. 321.....	78
Friends of the Old Man River Society v. Energy Resources Conservation Board (Alta.).....	(1988), 89 A.R. 280.....	79
Furlano v. Calarco.....	(1987), 60 O.R. (2d) 451.....	690

G

Germain v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 241.....	463
Gersten v. Luxenberg.....	[1987] R.J.Q. 533	440
Goulet v. Lussier.....	[1989] R.J.Q. 2085	682
Gouriet v. Union of Post Office Workers.....	[1978] A.C. 435.....	243
Grand Montréal, Commission des écoles protestantes c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 377.....	223
Gray, Re.....	(1918), 57 S.C.R. 150.....	38
Greater Montreal Protestant School Board v. Québec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 377.....	223
Gypsum Carrier Inc. v. The Queen.....	[1978] 1 F.C. 147	1043, 1146

H

Haig v. Bamford.....	[1977] 1 S.C.R. 466.....	1072, 1184
Halliday v. McCulloch.....	(1986), 1 B.C.L.R. (2d) 194.....	692
Hamel v. Brunelle	[1977] 1 S.C.R. 147.....	434
Hands v. Law Society of Upper Canada	(1890), 17 O.A.R. 41.....	407
Handyside Case	Eur. Court H.R., judgment of 7 December 1976, Series A No. 24.....	522
Hansford v. Létourneau	(1987), 5 Q.A.C. 193.....	440
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561.....	77, 84
Harvey, Re.....	(1957), 119 C.C.C. 124.....	759
Hawkshaw v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 668.....	517
Hay v. University of Alberta Hospital.....	(1990), 69 D.L.R. (4th) 755	688
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.	[1964] A.C. 465.....	1053, 1140, 1169
Hoang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	(1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35	731
Hoang v. Canada (Minister of Employment & Immigration).....	(1990), 13 Imm. L.R. (2d) 35	731
Hôpital général de la région de l'Amiante Inc. v. Perron	[1979] C.A. 567	362
Hôpital Notre-Dame v. Laurent.....	[1978] 1 S.C.R. 605.....	1143
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959.....	257
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	133, 274, 556, 854
Hurd c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1989] 2 C.F. 594	735
Hurd v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1989] 2 F.C. 594	735

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
I		
Impériale (L'), Cie d'assurance-vie v. Succession de Roy	[1990] R.J.Q. 2468	683
International Brotherhood of Teamsters v. Therien.....	[1960] S.C.R. 265	928
International Longshoremen's Association v. Maritime Employers' Association	[1979] 1 S.C.R. 120.....	928
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927.....	463, 524, 851
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	463, 524, 851
Isherwood v. Ontario and Minnesota Power Co.	(1911), 18 O.W.R. 459.....	60
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 282.....	276, 956
J		
J. E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée.....	[1985] C.A. 275	1086
James v. Thomas H. Kent & Co.	[1950] 2 All E.R. 1099.....	1001
Joly v. Ferme Ré-Mi Inc.	[1974] C.A. 523	1143
Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick	[1975] 2 R.C.S. 182.....	73
Jones v. Attorney General of New Brunswick.....	[1975] 2 S.C.R. 182.....	73
Jones v. National Coal Board.....	[1957] 2 Q.B. 55.....	666
Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol	[1978] 1 S.C.R. 491.....	358
Julius v. Bishop of Oxford	(1880), 5 App. Cas. 214.....	407
Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.....	[1983] 1 A.C. 520.....	1140, 1181
Junk v. Schellwald	[1986] R.D.J. 608	440
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2.....	1053, 1139, 1167
Kamloops (Ville de) c. Nielsen	[1984] 2 R.C.S. 2.....	1053, 1139, 1167
Khan v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 62.....	599
Kindler c. Canada (Ministre de la Justice).....	[1991] 2 R.C.S. 779.....	322, 732
Kindler v. Canada (Minister of Justice).....	[1991] 2 S.C.R. 779.....	322, 732
King (The) v. Christ's Hospital Governors	[1917] 1 K.B. 19.....	410
Knight v. Indian Head School Division No. 19	[1990] 1 S.C.R. 653.....	421, 744
Knox Contracting Ltd. v. Canada	[1990] 2 S.C.R. 338.....	73
Konstantinidis v. World Tankers Corp. (The World Harmony)	[1967] P. 341	1091
Korponay c. Procureur général du Canada.....	[1982] 1 R.C.S. 41.....	790, 823
Korponay v. Attorney General of Canada	[1982] 1 S.C.R. 41.....	790, 823
L		
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Ironworks, Ltd.....	[1949] A.C. 134.....	937
Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen.....	[1956] S.C.R. 82.....	408
Lacroix v. Valois	[1990] 2 S.C.R. 1259.....	193
Lamb v. Camden London Borough Council.....	[1981] Q.B. 625.....	1119
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 S.C.R. 382.....	356

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur	[1992] 1 S.C.R. 351.....	383
Laprise v. Bonneau	[1985] C.A. 9.....	683
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	359
Lebrun v. Rodier	[1978] C.A. 380.....	194
Lee c. Procureur général du Canada.....	[1981] 2 R.C.S. 90.....	395
Lee v. Attorney General of Canada.....	[1981] 2 S.C.R. 90.....	395
Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.....	[1986] A.C. 785.....	1062, 1175
Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.	[1985] Q.B. 350.....	1140
Lensen v. Lensen.....	[1987] 2 S.C.R. 672.....	359
Lindsay v. Henri Laflamme Inc.	J.E. 89-760	682
Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.	[1957] A.C. 55.....	1011
Liverpool City Council v. Irwin.....	[1977] A.C. 239.....	1010
Longmoor Building Co. (Quebec) Ltd. v. Main Plumbing & Heating Supplies Co.....	[1984] C.A. 82.....	440

M

M. (M.E.) v. L. (P.)	[1992] 1 S.C.R. 183.....	210
MacDonald c. Ville de Montréal.....	[1986] 1 R.C.S. 460.....	222
MacDonald v. City of Montreal	[1986] 1 S.C.R. 460.....	222
MacKay v. Manitoba.....	[1989] 2 S.C.R. 357.....	110
MacKay v. Rippon.....	[1978] 1 F.C. 233	293
MacKay v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 370.....	276, 315, 323
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796.....	276, 334, 965
MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.	[1977] 2 W.W.R. 717.....	1145
MacPherson v. Buick Motor Co.....	217 N.Y. 382 (1916)	1075
Manitoba Language Rights Order, Re	[1985] 2 S.C.R. 347.....	216
Manitoba Language Rights Order, Re	[1990] 3 S.C.R. 1417.....	217
Mansbridge v. R.	J.E. 91-1653	123
Mansell v. The Queen.....	(1857), 8 El. & Bl. 54, 120 E.R. 20.....	120
Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada.....	[1982] 2 S.C.R. 2.....	35
Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier	[1969] S.C.R. 745.....	363
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui	[1980] 1 R.C.S. 602.....	636
Martineau c. Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui.....	[1978] 1 R.C.S. 118.....	35
Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board.....	[1980] 1 S.C.R. 602.....	636
Martineau v. Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board.....	[1978] 1 S.C.R. 118.....	35
Matheson v. The Queen.....	[1981] 2 S.C.R. 214.....	602
Métivier v. Cadorette	[1977] 1 S.C.R. 371.....	359
Microlab Inc. v. Dauphin.....	[1983] C.A. 269.....	440
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863.....	778, 784, 850
Minister of Justice of Canada v. Borowski	[1981] 2 S.C.R. 575.....	249
Ministre de la Justice du Canada c. Borowski.....	[1981] 2 R.C.S. 575.....	249
Mitchell c. Bande indienne Peguis.....	[1990] 2 R.C.S. 85.....	885
Mitchell v. Peguis Indian Band.....	[1990] 2 S.C.R. 85.....	885
Molis v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 356.....	346

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Morin v. Blais	[1977] 1 S.C.R. 570.....	1084
Morin v. The Queen	(1890), 18 S.C.R. 407.....	146
Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle).....	[1947] A.C. 265	1141, 1170
Müller and Others (Case of).....	Eur. Court H.R., judgment of 24 May 1988, Series A No. 133	522
Murphy v. Brentwood District Council.....	[1991] 1 A.C. 398.....	1054, 1141, 1167
Murphyores Incorporated Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia (1976), 136 C.L.R. 1		69
Myer Queenstown Garden Plaza Pty. Ltd. v. City of Port Adelaide (1975), 11 S.A.S.R. 504		399, 409

N

Nelson International of Canada Ltd. v. Béton Provincial Ltée	[1984] C.A. 260	440
Nencioni v. Mailloux	[1985] R.L. 532	364
New Brunswick Electric Power Commission v. International Brotherhood of Electrical Workers.....	(1977), 16 N.B.R. (2d) 161	929
New York Life Insurance Co. v. Public Trustee	[1924] 2 Ch. 101	889
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police	[1979] 1 S.C.R. 311.....	421, 636
Northwest Falling Contractors Ltd. v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 292.....	68
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1976] 2 S.C.R. 265.....	249
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1978] 2 S.C.R. 662.....	485
Nowegijick v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 29.....	888

O

Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)	[1990] 3 S.C.R. 1170.....	637
Olmstead v. United States	277 U.S. 438 (1928)	576
Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba.....	[1985] 2 R.C.S. 347.....	216
Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba.....	[1990] 3 R.C.S. 1417.....	217
Orr Ewing v. Colquhoun	(1877), 2 App. Cas. 839.....	54
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	490
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	490
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound).....	[1961] A.C. 388	1080

P

P.P.G. Industries Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1976] 2 S.C.R. 739.....	85
Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food.....	[1968] A.C. 997	419
Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food	[1968] A.C. 997	419
Pailé v. Lorcon Inc.	[1986] R.D.J. 278	676
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759.....	824
Paris Adult Theatre I v. Slaton.....	413 U.S. 49 (1972)	503
Parklane Private Hospital Ltd. v. B.C. Government Employees Union	(1988), 88 C.L.L.C. ¶ 14,017.....	947

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Phillips and Phillips v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 161.....	599
Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.	[1980] A.C. 827.....	1125
Pickup v. Litton Business Equipment Ltd.	(1983), 3 C.C.E.L. 266.....	993
Poje v. Attorney General for British Columbia.....	[1953] 1 S.C.R. 516.....	910, 943
Polylok Corp. v. Montreal Fast Print (1975) Ltd.....	[1984] 1 F.C. 713.....	76, 84
Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration.....	[1976] 1 R.C.S. 376.....	733
Prata v. Minister of Manpower & Immigration.....	[1976] 1 S.C.R. 376.....	733
Prévoyants du Canada, Assurance générale v. Marcotte.....	[1986] R.D.J. 137.....	443
Procureur général du Canada c. Murby.....	[1981] 1 C.F. 713.....	396
Procureur général du Québec c. Blaikie.....	[1979] 2 R.C.S. 1016.....	220
Procureur général du Québec c. Blaikie.....	[1981] 1 R.C.S. 312.....	220
Procureur général du Québec c. Collier.....	[1985] C.A. 559, 23 D.L.R. (4th) 339.....	228
Province of Bombay v. Municipal Corporation of Bombay.....	[1947] A.C. 58.....	50, 82
Provincial Fisheries, In Re.....	(1896), 26 S.C.R. 444.....	54
Prozak v. Bell Telephone Co. of Canada.....	(1984), 46 O.R. (2d) 385.....	998

Q

Quebec (Attorney General) v. Brunet.....	[1990] 1 S.C.R. 260.....	591
Québec (Procureur général) c. Brunet.....	[1990] 1 R.C.S. 260.....	591
Quebec Railway, Light, Heat and Power Co. v. Vandry.....	[1920] A.C. 662.....	406
Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson.....	(1883), 10 S.C.R. 222.....	56
Queen (The) v. Compagnie Immobilière BCN Ltée.....	[1979] 1 S.C.R. 865.....	411
Queen (The) v. Fisher.....	(1891), 2 Ex. C.R. 365.....	55
Queen (The) v. National Indian Brotherhood.....	[1979] 1 F.C. 103.....	889
Queen (The) in right of Alberta v. Canadian Transport Commission	[1978] 1 S.C.R. 61.....	51

R

R. v. 741290 Ontario Inc.....	(1991), 2 O.R. (3d) 336.....	856
R. & W. Paul, Ltd. v. Wheat Commission.....	[1937] A.C. 139.....	38
R. v. A. K.....	Unreported/Inédit, B.C. Co. Ct., June 3, 1988.....	756
R. v. Amway Corp.....	[1989] 1 S.C.R. 21.....	852
R. v. Ariadne Developments Ltd.....	(1974), 19 C.C.C. (2d) 49.....	476
R. v. Askov.....	[1990] 2 S.C.R. 1199.....	777, 779, 812, 827, 850
R. v. B.E.S.T. Plating Shoppe Ltd. and Siapas.....	(1987), 32 C.C.C. (3d) 417.....	924
R. v. Baig.....	[1987] 2 S.C.R. 537.....	163
R. v. Barrow.....	[1987] 2 S.C.R. 694.....	121
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	759
R. v. Beason.....	(1983), 36 C.R. (3d) 73.....	786
R. v. Bennett.....	(1991), 3 O.R. (3d) 193.....	863
R. v. Bennett.....	(1991), 6 C.R. (4th) 22.....	790
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	493, 521, 851
R. v. Black.....	[1989] 2 S.C.R. 138.....	541, 570

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Bolduc	(1986), 4 Q.A.C. 201	130
R. v. C. (M.H.)	[1991] 1 S.C.R. 763	824
R. v. C.D.	(1973), 13 C.C.C. (2d) 206	173
R. v. Cameron	(1966), 58 D.L.R. (2d) 486	476
R. v. Cecchini	(1985), 22 C.C.C. (3d) 323	152
R. v. Chikoski	(1973), 14 C.C.C. (2d) 38	176
R. v. Close	[1948] V.L.R. 445	476
R. v. Cloutier	(1988), 43 C.C.C. (3d) 35	134, 602
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265... 274, 539, 554, 763, 837	
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	781, 811
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 401	37
R. v. Curtis	(1989), 74 Nfld. & P.E.I.R. 227	130
R. v. D. L.	Unreported/Inédit, B.C. Prov. Ct., March 29, 1985	756
R. v. Davies	[1906] 1 K.B. 32	936
R. v. Dawood	[1976] 1 W.W.R. 262	708
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140	541
R. v. Dennis	[1924] 1 K.B. 867	606
R. v. Docherty	[1989] 2 S.C.R. 941	346
R. v. Dominion News & Gifts (1962) Ltd.	[1963] 2 C.C.C. 103	476
R. v. Doug Rankine Co.	(1983), 9 C.C.C. (3d) 53	478, 512
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	544, 557
R. v. Duthie Books Ltd.	(1966), 58 D.L.R. (2d) 274	476
R. v. Dymont	[1988] 2 S.C.R. 417	576
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 551	51
R. v. Eyre	(1972), 10 C.C.C. (2d) 236	177
R. v. Favel	(1987), 39 C.C.C. (3d) 378	157
R. v. Foote	(1985), 65 N.B.R. (2d) 444	131
R. v. Fringe Product Inc.	(1990), 53 C.C.C. (3d) 422	473
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	924
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259	345, 349
R. v. Genest	[1989] 1 S.C.R. 59	544
R. v. Goldberg	[1971] 3 O.R. 323	476
R. v. Governor of Pentonville Prison	[1973] 2 All E.R. 741	733
R. v. Great West News Ltd.	[1970] 4 C.C.C. 307	476
R. v. Green	[1992] 1 S.C.R. 614	951
R. v. Greffe	[1990] 1 S.C.R. 755	539572
R. v. Greig	[1987] 56 C.R. (3d) 229	142
R. v. Grover	[1991] 3 S.C.R. 387	102
R. v. Hicklin	(1868), L.R. 3 Q.B. 360	473
R. v. Hill	(1976), 73 D.L.R. (3d) 621	943
R. v. Hurlbert	(1988), 66 C.R. (3d) 391	781
R. v. Ingebrigtsen	(1990), 61 C.C.C. (3d) 541	304
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548	541, 568
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	762
R. v. Jobidon	[1991] 2 S.C.R. 714	930

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Johnson	[1978] 6 W.W.R. 97	707
R. v. Johnstone	(1986), 26 C.C.C. (3d) 401	123, 151
R. v. Kalanj	[1989] 1 S.C.R. 1594	788
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	322, 488, 524
R. v. Kennedy	[1971] 2 O.R. 445	598
R. v. Keyowski	[1988] 1 S.C.R. 657	763
R. v. Kiverago	(1973), 11 C.C.C. (2d) 463	476
R. v. Kokesch	[1990] 3 S.C.R. 3	546, 571
R. v. Kopyto	(1987), 61 C.R. (3d) 209	913
R. v. Lippé	[1991] 2 S.C.R. 114	111, 147, 283, 335
R. v. Logan	(1988), 46 C.C.C. (3d) 354	144
R. v. Logiaccio	(1984), 11 C.C.C. (3d) 374	102
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309	743, 759
R. v. M. (J.)	Unreported/Inédit, B.C. Prov. Ct., May 30, 1991	768
R. v. Manninen	[1987] 1 S.C.R. 1233	541
R. v. Mason	[1981] Q.B. 881	153
R. v. Moran	(1987), 36 C.C.C. (3d) 225	556
R. v. Morin	[1988] 2 S.C.R. 345	1015
R. v. Morin	[1992] 1 S.C.R. 771	830, 851
R. v. Multiform Manufacturing Co.	[1990] 2 S.C.R. 624	399
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	312
R. v. Odeon Morton Theatres Ltd.	(1974), 16 C.C.C. (2d) 185	482
R. v. Ouellette	[1980] 1 S.C.R. 568	51
R. v. Parke	[1903] 2 K.B. 432	936
R. v. Peters	(1982), 65 C.C.C. (2d) 83	173
R. v. Piraino	(1982), 67 C.C.C. (2d) 28	129, 156
R. v. Pizzacalla	(1991), 5 O.R. (3d) 783	102, 133, 155
R. v. Pohoretsky	[1987] 1 S.C.R. 945	541
R. v. Poirier	Unreported/Inédit, Man. Prov. Ct., June 7, 1989	760
R. v. Pottinger	(1990), 54 C.C.C. (3d) 246	601
R. v. Potvin	[1989] 1 S.C.R. 525	924
R. v. Prairie Schooner News Ltd.	(1970), 75 W.W.R. 585	476
R. v. Rahey	[1987] 1 S.C.R. 588	784, 850
R. v. Ramsingh	(1984), 14 C.C.C. (3d) 230	478, 512
R. v. Red Hot Video Ltd.	(1985), 45 C.R. (3d) 36	496
R. v. Rioux	[1969] S.C.R. 599
R. v. Ross	(1986), 53 C.R. (3d) 81	127, 157
R. v. Ross	[1989] 1 S.C.R. 3	541, 570
R. v. Rowbotham	(1988), 41 C.C.C. (3d) 1	143
R. v. Rowton	(1865), 10 Cox C.C. 25	768
R. v. S. (S.)	[1990] 2 S.C.R. 254	409, 767
R. v. Savion and Mizrahi	(1980), 52 C.C.C. (2d) 276	117
R. v. Scott	[1990] 3 S.C.R. 979	745
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577	322, 619

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Hosenball.....	[1977] 3 All E.R. 452.....	744
R. v. Sherratt	[1991] 1 S.C.R. 509.....	113
R. v. Simmons	[1988] 2 S.C.R. 495.....	544, 566
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	735
R. v. Smith	[1989] 2 S.C.R. 1120.....	777, 782, 816
R. v. Sommerville	[1974] S.C.R. 387.....	406
R. v. Stensrud	[1989] 2 S.C.R. 1115.....	782, 859
R. v. Stewart.....	[1988] 1 S.C.R. 963.....	706
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326.....	118
R. v. Stoddart	(1987), 37 C.C.C. (3d) 351	123, 143, 157
R. v. Strachan	[1988] 2 S.C.R. 980.....	274
R. v. Sudbury News Service Ltd.....	(1978), 18 O.R. (2d) 428.....	476, 516
R. v. Swinimer	(1978), 40 C.C.C. (2d) 432	173
R. v. Therens	[1985] 1 S.C.R. 613.....	544
R. v. Thompson.....	[1990] 2 S.C.R. 1111.....	556
R. v. Tremblay.....	[1987] 2 S.C.R. 435.....	802
R. v. Turpin	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	275
R. v. United Fishermen & Allied Workers Union	[1968] 2 C.C.C. 257	928
R. v. Varga.....	(1985), 18 C.C.C. (3d) 281	143
R. v. Verrette	[1978] 2 S.C.R. 838.....	759
R. v. Wagner.....	(1985), 43 C.R. (3d) 318.....	478, 512
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	322, 732, 839, 841
R. v. Wigglesworth	[1987] 2 S.C.R. 541.....	273
R. v. Wolgram	(1975), 29 C.C.C. (2d) 536	174
R. v. Wong.....	[1990] 3 S.C.R. 36.....	556
R. v. Young.....	(1984), 40 C.R. (3d) 289.....	762
Reference as to the constitutional validity of certain sections of The Fisheries Act, 1914.....	[1928] S.C.R. 457	409
Reference as to the effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings.....	[1933] S.C.R. 269	735
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	35
Reference re Manitoba Language Rights.....	[1992] 1 S.C.R. 212.....	587
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486... 108, 310, 322, 732, 854	
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313.....	320, 1002
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	488
Reference re Waters and Water-Powers	[1929] S.C.R. 200.....	55
Regent Taxi v. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes.....	[1929] S.C.R. 650	1143
Reine (La) du chef de la province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports	[1978] 1 R.C.S. 61.....	51
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	488
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373.....	35
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313.....	320, 1002
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1985] 1 R.C.S. 721.....	216, 587

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba	[1992] 1 R.C.S. 212.....	587
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486... 108, 310, 322, 732, 854	
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works	[1974] S.C.R. 1189 1053, 1139, 1171, 1189	
Roberge v. Bolduc.....	[1991] 1 S.C.R. 374.....	362
Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint	275 U.S. 303 (1927).....	1060
Robitaille v. Cie d'assurance C.N.A.	J.E. 79-565	683
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario	[1990] 2 R.C.S. 232.....	500
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232.....	500
Ross v. Caunters.....	[1980] Ch. 297.....	1170
Ross v. Kent Inst.....	(1987), 57 C.R. (3d) 79.....	745
Rothfield v. Manolakos.....	[1989] 2 S.C.R. 1259.....	1072
Rothpan v. 123870 Canada Inc.	J.E. 89-1111	682
Rourke v. The Queen.....	[1978] 1 S.C.R. 1021.....	762
Rousseau (Succession de) v. Groupe Desjardins (Le), Assurances générales.....	[1989] R.J.Q. 785	677
Rover International Ltd. v. Cannon Film Sales Ltd.....	[1989] 1 W.L.R. 912	1000
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	916

S

S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.....	[1971] 1 Q.B. 337.....	1050
Sabourin v. Charlebois.....	[1982] C.A. 361	201
San Sebastian Pty. Ltd. c. Minister Administering the Environmen- tal Planning and Assessment Act 1979	(1986), 162 C.L.R. 340	1178
Saratoga Construction Ltée v. Horne.....	[1984] R.D.J. 352	440
Sauvé Construction Ltée v. Langsner-Fuhrer Inc.....	[1976] R.P. 39.....	445
Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)	[1990] 3 S.C.R. 1213.....	638
Schick v. The Queen.....	(1987), 4 C.M.A.R. 540	273, 332
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.....	[1980] 2 S.C.R. 78.....	359
Scott v. Scott	[1913] A.C. 419	911
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573.....	916
Simpson & Co. v. Thomson	(1877), 3 App. Cas. 279.....	101059, 1168
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 282.....	276, 956
Skoke-Graham v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 106.....	175
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	852
Smith v. Bush.....	[1990] 1 A.C. 831.....	1119
Smith v. The Queen.....	[1960] S.C.R. 776.....	39
Smythe v. The Queen	[1971] S.C.R. 680.....	758
Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts.....	[1911] 1 K.B. 243.....	1069, 1176
Société centrale d'hypothèque et de logement v. Pagé.....	[1977] C.A. 560.....	677
Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education.....	[1986] 1 S.C.R. 549.....	223
Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal	[1987] 1 R.C.S. 711.....	1006
Société immobilière du Canada (Vieux-Port de Québec) Inc. v. Éole II Inc.	[1987] R.D.J. 605	445
Société Radio-Canada c. Commission de police du Québec	[1979] 2 R.C.S. 618.....	944

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec).....	[1988] 2 S.C.R. 1015.....	51
Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd. ...	[1973] Q.B. 27.....	1050, 1139
St-Hilaire v. Bégin	[1981] 2 S.C.R. 79.....	439
Star Village Tavern v. Nield.....	(1976), 71 D.L.R. (3d) 439.....	1050, 1146
State of Louisiana v. M/V Testbank	752 F.2d 1019 (1985).....	1055
Sterling Engineering Co. v. Patchett.....	[1955] A.C. 534.....	1012
Suleman v. British Columbia Research Council	(1989), 38 B.C.L.R. (2d) 208.....	1002
Sutherland Shire Council v. Heyman.....	(1985), 60 A.L.R. 1	1151
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1989] 2 S.C.R. 879.....	743
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1989] 2 R.C.S. 879.....	743
Syndicat des employés du commerce de Rivière-du-Loup (section Émilio Boucher, C.S.N.) c. Turcotte.....	[1984] C.A. 316.....	86
Szilard v. Szasz	[1955] S.C.R. 3.....	636

T

Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.....	[1986] A.C. 80.....	1011
Tamssot v. Belgrano.....	(1987), 59 O.R. (2d) 57.....	690
Taxi Newman Lafleur v. Cie d'assurances Provinces-Unies	[1991] R.R.A. 411	683
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration).....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	894
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission)	[1991] 2 S.C.R. 22.....	894
Texas & Pacific Railway Co. v. Hill	237 U.S. 208 (1915).....	119
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du com- merce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	542, 569, 744, 855
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	542, 569, 744, 855
Thorson c. Procureur général du Canada.....	[1975] 1 R.C.S. 138.....	246
Thorson v. Attorney General of Canada.....	[1975] 1 S.C.R. 138.....	246
Tilco Plastics Ltd. v. Skurjat, Re	[1966] 2 O.R. 547.....	950
Tomko v. Labour Relations Board (N.S.).....	[1977] 1 S.C.R. 112.....	937
Toronto R. Co. v. City of Toronto	(1920), 51 D.L.R. 69	948
Toth c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	(1988), 86 N.R. 302.....	255
Toth v. Minister of Employment and Immigration	(1988), 86 N.R. 302.....	255
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 494.....	477, 514
Tremblay v. Claveau	[1990] R.R.A. 268	362
Trempe v. Dow Chemical of Canada Ltd.....	[1980] C.A. 571	676
Trib. gr. inst. Nanterre, 22 octobre 1975	<i>Gaz. Pal.</i> 1976.1.392.....	1083

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
U		
Ultramares Corporation v. Touche	174 N.E. 441 (1931).....	1137, 1173
Union Oil Co. v. Oppen	501 F.2d 558 (1974).....	1142
United States v. Knotts	460 U.S. 276 (1983).....	536, 561
United States v. Loud Hawk	474 U.S. 302 (1986).....	857
United States v. New Buffalo Amusement Corp.	600 F.2d 368 (1979).....	857
V		
Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673... 111, 147, 273, 316, 327	
Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.	454 U.S. 464 (1982).....	247
Venore Transportation Co. v. M/V Struma.....	583 F.2d 708 (1978).....	1095
Vigneault v. Mathieu.....	[1991] R.J.Q. 1607	362
Villeneuve (Ville de) v. Drapeau.....	[1975] R.P. 309.....	444
W		
Wayte v. United States.....	470 U.S. 598 (1985).....	761
Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute	[1966] 1 Q.B. 569.....	1050, 1176
Whitbread v. Walley.....	[1990] 3 S.C.R. 1273.....	61
Wood v. Esson.....	(1884), 9 S.C.R. 239.....	55
X		
X. v. Mellen	[1957] Que. Q.B. 389.....	362
Y		
YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown	[1989] 1 S.C.R. 1532.....	899
Young v. C.N.R.	[1931] 1 D.L.R. 645	928

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
Act respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5		s. 43.....	711
s. 7.....	647	s. 44.....	711
s. 8.....	647	ss. 48 to 51	711
Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48	579	s. 52(1).....	385
Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34		s. 52(2).....	385
s. 10.....	952	Civil Code of Quebec	
C			
Canadian Charter of Rights and Freedoms		art. 559.....	183
s. 1.....	91, 259, 339, 452, 711, 838, 840	Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25	
s. 2(b).....	452	art. 2.....	426
s. 5.....	647	art. 402.....	647
s. 6(1).....	711	art. 494.....	426
s. 6(2)(a)	711	art. 495.....	426
s. 6(2)(b)	711	art. 498.....	426
s. 7.....	91, 236, 259, 711	art. 499.....	426
s. 8.....	259, 527	art. 500.....	426
s. 9.....	647	art. 502.....	426
s. 10(b).....	91	art. 523.....	426
s. 11(b).....	771, 814, 843	Constitution Act, 1867	
s. 11(c).....	595	s. 91.....	3
s. 11(d).....	91, 259, 339, 838, 840	s. 91(10).....	3
s. 12.....	711	s. 92.....	3
s. 15.....	91, 259	s. 96.....	901
s. 15(1).....	711	s. 133.....	212, 579
s. 24.....	259	Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34	
s. 24(1).....	771	s. 562(1).....	91
s. 24(2).....	259, 527, 836	s. 562(2).....	91
Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21		s. 562(3).....	91
s. 42.....	385	s. 563(1).....	91
		s. 563(2).....	91
		s. 563(3).....	91
		s. 567(1).....	91
		s. 567(2).....	91
		s. 570(1).....	91
		s. 570(2).....	91
		Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46	
		s. 9.....	901
		s. 163.....	452
		s. 163(8).....	452

	PAGE		PAGE
s. 175.....	167		
s. 254(3).....	614		
s. 254(4).....	614		
s. 254(5).....	614		
s. 279(3).....	619		
s. 322(1).....	697		
s. 591(1).....	595		
s. 686(1)(b)(iii).....	901		
s. 686(1)(b)(iv).....	595		
s. 795.....	595		
Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19			
s. 119.....	595		
		D	
Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10			
s. 4.....	3		
s. 5.....	3		
s. 6.....	3		
		E	
Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137			
s. 3.....	986		
s. 4.....	986		
s. 6.....	986		
s. 40(1)(c).....	986		
s. 40(7)(a).....	986		
Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467			
s. 2 "initiating department".....	3		
s. 2 "proponent".....	3		
s. 2 "proposal".....	3		
s. 3.....	3		
s. 6.....	3		
		F	
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14			
s. 35.....	3		
s. 37.....	3		
		I	
		Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, as am. by S.C. 1988, cc. 35 and 36	236
		Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, as am. by S.C. 1984, c. 21	
		s. 4(2).....	711
		s. 19(1)(d)(ii).....	711
		s. 27(1)(d)(i).....	711
		s. 27(1)(d)(ii).....	711
		s. 27(3).....	711
		s. 27(4).....	711
		s. 32(2).....	711
		s. 72(1)(a).....	711
		s. 72(1)(b).....	711
		Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	
		s. 56(1)(a)(iv).....	877
		Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6	
		s. 87.....	877
		Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21	
		s. 17.....	3
		L	
		Labour Relations Act, R.S.A. 1980, c. L-1.1	
		s. 142.....	901
		s. 142(7).....	901
		M	
		Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3	
		s. 23.....	212
		Medical Act, R.S.Q., c. M-9	
		s. 42.....	647
		N	
		National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5	
		s. 90.....	339
		s. 130.....	259
		s. 150.....	339
		ss. 166 to 170.....	259, 339
		Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22	
		s. 5.....	3
		s. 6.....	3

	PAGE		PAGE
O		Q	
Occupational Health and Safety Act, R.S.O. 1980, c. 321		Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (1968 Revision).....	259
s. 37(1).....	840		
s. 37(2).....	840		
P		R	
Public Utilities Act, R.S.N. 1970, c. 322		Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83- 74	
s. 5(1).....	623	rule 51.....	831
s. 5(8).....	623		
s. 6.....	623	Y	
s. 14.....	623	Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1	
s. 15.....	623	s. 3(1).....	749
s. 79.....	623	s. 19(2).....	749
s. 83.....	623		
s. 85.....	623		
s. 86.....	623		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés			
art. 1.....	91, 259, 339, 452, 711, 838, 840		
art. 2b).....	452		
art. 5.....	647		
art. 6(1).....	711		
art. 6(2)a).....	711		
art. 6(2)b).....	711		
art. 7.....	91, 236, 259, 711		
art. 8.....	259, 527		
art. 9.....	647		
art. 10b).....	91		
art. 11b).....	771, 814, 843		
art. 11c).....	595		
art. 11d).....	91, 259, 339, 838, 840		
art. 12.....	711		
art. 15.....	91, 259		
art. 15(1).....	711		
art. 24.....	259		
art. 24(1).....	771		
art. 24(2).....	259, 527, 836		
Code civil du Québec			
art. 559.....	183		
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46			
art. 9.....	901		
art. 163.....	452		
art. 163(8).....	452		
art. 175.....	167		
art. 254(3).....	614		
art. 254(4).....	614		
art. 254(5).....	614		
art. 279(3).....	619		
art. 322(1).....	697		
art. 591(1).....	595		
art. 686(1)b)(iii).....	901		
art. 686(1)b)(iv).....	595		
art. 795.....	595		
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34			
art. 562(1).....	91		
art. 562(2).....	91		
art. 562(3).....	91		
art. 563(1).....	91		
art. 563(2).....	91		
art. 563(3).....	91		
art. 567(1).....	91		
art. 567(2).....	91		
art. 570(1).....	91		
art. 570(2).....	91		
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25			
art. 2.....	426		
art. 402.....	647		
art. 494.....	426		
art. 495.....	426		
art. 498.....	426		
art. 499.....	426		
art. 500.....	426		
art. 502.....	426		
art. 523.....	426		
D			
Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467			
art. 2 «ministère responsable».....	3		
art. 2 «promoteur».....	3		
art. 2 «proposition».....	3		
art. 3.....	3		
art. 6.....	3		
L			
Labour Relations Act, R.S.A. 1980, ch. L-1.1			
art. 142.....	901		
art. 142(7).....	901		

	PAGE		PAGE
Loi concernant les villes de Rouyn et Noranda, L.Q. 1985, ch. 48.....	579	art. 166 à 170	259, 339
Loi constitutionnelle de 1867		Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22	
art. 91.....	3	art. 5.....	3
art. 91(10).....	3	art. 6.....	3
art. 92.....	3	Loi sur la santé et la sécurité au travail, L.R.O. 1980, ch. 321	
art. 96.....	901	art. 37(1).....	840
art. 133.....	212, 579	art. 37(2).....	840
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21		Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10	
art. 17.....	3	art. 4.....	3
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3		art. 5.....	3
art. 23.....	212	art. 6.....	3
Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, ch. 19		Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21	
art. 119.....	595	art. 42.....	385
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63		art. 43.....	711
art. 56(1)a)(iv).....	877	art. 44.....	711
Loi médicale, L.R.Q., ch. M-9		art. 48 à 51	711
art. 42.....	647	art. 52(1).....	385
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, mod. par S.C. 1988, ch. 35 et 36.....	236	art. 52(2).....	385
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, mod. par S.C. 1984, ch. 21		Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6	
art. 4(2).....	711	art. 87.....	877
art. 19(1)d)(ii).....	711	Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1	
art. 27(1)d)(i).....	711	art. 3(1).....	749
art. 27(1)d)(ii).....	711	art. 19(2).....	749
art. 27(3).....	711	Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137	
art. 27(4).....	711	art. 3.....	986
art. 32(2).....	711	art. 4.....	986
art. 72(1)a).....	711	art. 6.....	986
art. 72(1)b).....	711	art. 40(1)c).....	986
Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34		art. 40(7)a).....	986
art. 10.....	952	Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14	
Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5		art. 35.....	3
art. 90.....	339	art. 37.....	3
art. 130.....	259	Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5	
art. 150.....	339	art. 7.....	647
		art. 8.....	647

	PAGE		PAGE
O			
Ordonnances et Règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (révision de 1968).....	259	art. 15.....	623
		art. 79.....	623
		art. 83.....	623
		art. 85.....	623
		art. 86.....	623
P			
Public Utilities Act, R.S.N. 1970, ch. 322		R	
art. 5(1).....	623	Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-	
art. 5(8).....	623	74	
art. 6.....	623	art. 51.....	831
art. 14.....	623		

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
American Law Institute. <i>Restatement of the Law, Second, Torts 2d</i> , vol. 4. St. Paul Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.....	1075
Atiyah, P. S. “Negligence and Economic Loss” (1967), 83 <i>L.Q. Rev.</i> 248.....	1060
Atiyah, P. S. “Note: Economic Loss in the United States” (1985), 5 <i>Oxf. J. Legal Stud.</i> 485	1124
Australia. Australian Law Reform Commission. Discussion Paper No. 4. <i>Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits</i> . Sydney: 1977	244
Australia. Parliament of the Commonwealth of Australia. <i>Report of the Joint Select Committee on Video Material</i> , vol. 1. Canberra: Australian Government Publishing Service, 1988.....	479
Babcock, Barbara Allen. “Voir Dire: Preserving ‘Its Wonderful Power’” (1975), 27 <i>Stan. L. Rev.</i> 545.....	116
Bala, Nicholas and Heine Lilles. <i>The Young Offenders Act Annotated</i> . Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1984	769
Bala, Nicholas and Mary-Anne Kirvan. “The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts”. In <i>The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice</i> . Edited by Alan W. Leschied, Peter G. Jaffe and Wayne Willis. Toronto: University of Toronto Press, 1991.....	765
Bala, Nicholas et Heine Lilles. <i>La Loi sur les jeunes contrevenants annotée</i> . Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1984	769
Baldwin, John and Michael McConville. <i>Jury Trials</i> . Oxford: Clarendon Press, 1979.....	128
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 3 ^e éd. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1990	1083
Beckton, Clare. “Freedom of Expression (s. 2(b))”. In Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds. <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> . Toronto: Carswell, 1982.....	492
Beckton, Clare. “La liberté d’expression (al. 2b)”. Dans Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin, dir., <i>La Charte canadienne des droits et libertés</i> . Toronto: Carswell, 1982	492
Bergeron, Jean-Guy. <i>Les contrats d’assurance (terrestre)</i> , t. 1. Sherbrooke: Éditions SEM Inc., 1989.....	667
Bernardot, Alain et Robert P. Kouri. <i>La responsabilité civile médicale</i> . Sherbrooke: Éditions Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1980	362, 682
Birds, John. <i>Modern Insurance Law</i> , 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1988.....	669
Bishop, W. “Economic Loss in Tort” (1982), 2 <i>Oxf. J. Legal Stud.</i> 1	1123, 1157
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West, 1990.....	943
Blackstone, sir William. <i>Commentaires sur les lois anglaises</i> . Traduit de l’anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.....	115, 152

Blackstone, Sir William. <i>Commentaries on the Laws of England</i> , vol. 4. Edited by William Draper Lewis. Philadelphia: Rees Welsh & Co., 1900.....	115, 152
Bull, Henry H. "The Career Prosecutor of Canada" (1962), 53 <i>J. Crim. L.C. & P.S.</i> 89.....	116
Canada. Auditor General. <i>Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, Fiscal Year Ended 31 March 1990</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.....	255
Canada. Canadian Council of Resource and Environment Ministers. <i>Report of the National Task Force on Environment and Economy</i> , September 24, 1987.....	37
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. <i>Rapport sur la pornographie</i> , n° 18, 22 mars 1978.....	493, 513
Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur les instruments statutaires. <i>Troisième rapport du Comité spécial sur les instruments statutaires</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.....	224
Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. <i>La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution</i> , vol. 1. Ottawa: Approvisionnement et Services, 1985.....	484, 513
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Constitutional Jurisdiction in Relation to Environmental Law</i> . Document non publié rédigé par Marie E. Hatherly, 1986.....	64
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 27. <i>Le jury en droit pénal</i> . Ottawa: La Commission, 1980.....	113
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 55. <i>Le document d'inculpation</i> . Ottawa: La Commission, 1987.....	610
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 16. <i>Le jury</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1982.....	116
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 17. <i>L'outrage au tribunal</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1982.....	913
Canada. Conseil canadien des ministres des Ressources et de l'Environnement. <i>Rapport du Groupe de Travail national sur l'environnement et l'économie</i> , 24 septembre 1987.....	37
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. V, 7 ^e sess., 12 ^e Parl., 9 août 1917, p. 4455.....	151
Canada. Department of Employment and Immigration. <i>White Paper on Immigration</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1966.....	740
Canada. House of Commons. Special Committee on Statutory Instruments. <i>Third Report of the Special Committee on Statutory Instruments</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969.....	224
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Report on Pornography</i> , Issue No. 18, March 22, 1978.....	493, 513
Canada. <i>House of Commons Debates</i> . vol. V, 7 th Sess., 12 th Parl., Aug. 9, 1917, p. 4309.....	151
Canada. Law Reform Commission. <i>Constitutional Jurisdiction in Relation to Environmental Law</i> . Unpublished paper prepared by Marie E. Hatherly, 1984.....	64
Canada. Law Reform Commission. Report 16. <i>The Jury</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.....	116
Canada. Law Reform Commission. Report 17. <i>Contempt of Court</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.....	913
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 27. <i>The Jury in Criminal Trials</i> . Ottawa: The Commission, 1980.....	113
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 55. <i>The Charge Document in Criminal Cases</i> . Ottawa: The Commission, 1987.....	610

Canada. Ministère de la Main-d'œuvre et de l'Immigration. <i>Livre blanc sur l'immigration</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966	740
Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. <i>Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution</i> , vol. 1. Ottawa: Supply and Services, 1985	484, 513
Canada. Vérificateur général. <i>Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes, pour l'exercice financier clos le 31 mars 1990</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1990	255
Caparros, Ernest. <i>Les régimes matrimoniaux au Québec</i> , 3 ^e éd. Wilson & Lafleur, 1985	200
Castel, J.-G. <i>Canadian Conflict of Laws</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.....	890
Chambers, Robert S. "Economic Loss". In P. D. Finn, ed., <i>Essays on Torts</i> . Sydney: Law Book Co., 1989	1170
Cheshire, G. C. and P. M. North. <i>Private International Law</i> , 11th ed. By P. M. North and J. J. Fawcett. London: Butterworths, 1987.....	889
Christie, Innis. <i>Employment Law in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1980.....	998
<i>Concise Oxford Dictionary</i> . Oxford: Oxford University Press, 1990.....	735
Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. <i>Proceedings of the Seventieth Annual Meeting</i> . Toronto, 1988	613
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.....	404
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1991	404
Cotton, Roger and D. Paul Emond. "Environmental Impact Assessment". In John Swaigen, ed., <i>Environmental Rights in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1981, 245	71
Crépeau, Paul-André. "La responsabilité civile du médecin" (1977), 8 <i>R.D.U.S.</i> 25.....	361
Cross, Sir Rupert. <i>Statutory Interpretation</i> , 2nd ed. By John Bell and Sir George Engle. London: Butterworths, 1987	763
De Smith, S. A. <i>Judicial Review of Administrative Action</i> , 4th ed. By J. M. Evans. London: Stevens & Sons Ltd., 1980.....	77, 977
Devlin, Sir Patrick. <i>Trial by Jury</i> . London: Stevens & Sons: 1966.....	128
Dicey, A. V. and J. H. C. Morris. <i>The Conflict of Laws</i> , vol. 2, 11th ed. By Lawrence Collins and Others. London: Stevens & Sons, 1987.....	890
Doob, Anthony N. and Lucien A. Beaulieu. "Variation in the Exercise of Judicial Discretion with Young Offenders" (1992), 34 <i>Can. J. Crim.</i> 35	766
Downs, Donald Alexander. <i>The New Politics of Pornography</i> . Chicago: University of Chicago Press, 1989	513
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	404
Ducharme, Léo. "Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne" (1984), 44 <i>R. du B.</i> 955	675
Durry, Georges. "Obligations et contrats spéciaux" (1976), 74 <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 132.....	1081
Durry, Georges. "Obligations et contrats spéciaux" (1979), 77 <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 610.....	1081
Dussault, René and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , 2nd ed., vols. 1 and 4. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985-1990.....	36
Dussault, René et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , 2 ^e éd., t. I et III. Québec: Presses de l'Université Laval, 1984-1989.....	36
Dworkin, Ronald. <i>Taking Rights Seriously</i> . London: Duckworth, 1977	522
Dyzenhaus, David. "Obscenity and the Charter: Autonomy and Equality" (1991), 1 <i>C.R.</i> (4th) 367	492

East, Robert J. "Jury Packing: A Thing of the Past?" (1985), 48 <i>Mod. L.R.</i> 518	154
Emond, D. P. <i>Environmental Assessment Law in Canada</i> . Toronto: Emond-Montgomery Ltd., 1978	71
Emond, Paul. "The Case for a Greater Federal Role in the Environmental Protection Field: An Examination of the Pollution Problem and the Constitution" (1972), 10 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 647	64
Etherington, Brian. "The Enforcement of Harsh Termination Provisions in Personal Employment Contracts: The Rebirth of Freedom of Contract in Ontario" (1990), 35 <i>McGill L.J.</i> 459.....	1003
Fay, James B. "Canadian Military Criminal Law: An Examination Of Military Justice" (1975), 23 <i>Chitty's L.J.</i> 120, 228.....	295, 325
Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 <i>Can. Bus. L.J.</i> 356	1049
Feldthusen, Bruce. <i>Economic Negligence: the Recovery of Pure Economic Loss</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989	1049, 1138, 1170
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.....	1096, 1139, 1175
Freedland, M. R. <i>The Contract of Employment</i> . Oxford: Clarendon Press, 1976	997
Gardbaum, Stephen A. "Why the Liberal State Can Promote Moral Ideals After All" (1991), 104 <i>Harv. L. Rev.</i> 1350	523
Gibson, Dale. "Constitutional Jurisdiction over Environmental Management in Canada" (1973), 23 <i>U.T.L.J.</i> 54	63
Gillespie, Colin J. "Enforceable Rights from Administrative Guidelines?" (1989-1990), 3 <i>C.J.A.L.P.</i> 204	45
Gutterman, Malvin. "A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance" (1988), 39 <i>Syracuse L. Rev.</i> 647.....	558
<i>Halsbury's Laws of England</i> . Annual Abridgment 1988. London: Butterworths, 1989.....	154
Heard, Andrew D. "Military Law and the <i>Charter of Rights</i> " (1988), 11 <i>Dalhousie L.J.</i> 514.....	326
Hébert, Jean-Claude. "Le contrôle judiciaire de certains pouvoirs de la couronne". Dans <i>Droit pénal — orientations nouvelles</i> . Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.....	132
Hentoff, Nat. "Profiles: The Constitutionalist", <i>The New Yorker</i> , March 12, 1990, p. 45	567
Herbots, J. "Le "duty of care" et le dommage purement financier en droit comparé", [1985] <i>Rev. dr. int. et dr. comp.</i> 7	1085, 1174
Hilbery, Sir Malcolm. <i>Duty and Art in Advocacy</i> . London: Stevens & Sons, 1946.....	118
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1985	398
Hogg, Peter W. <i>Liability of the Crown</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.....	52
Irvine, John. "Case Comment: Kamloops v. Nielsen" (1984), 29 <i>C.C.L.T.</i> 185.....	1149
Jacoby, Sanford M. "The Duration of Indefinite Employment Contracts in the United States and England: An Historical Analysis" (1982), 5 <i>Comp. Lab. L.J.</i> 85.....	991
James, Flemming. "Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal" (1972), 12 <i>J.S.P.T.L.</i> 105	1075
Janisch, Hudson N. Case Comment: <i>Nfld. Light & Power Co. v. P.U.C. (Bd.)</i> (1987), 25 <i>Admin. L.R.</i> 196	639
Jeffery, Michael I. <i>Environmental Approvals in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1989	71
Jones, David Phillip and Anne S. de Villars. <i>Principles of Administrative Law</i> . Toronto: Carswell, 1985	77, 84
Jordan, Walter E. <i>Jury Selection</i> . Colorado Springs, Co.: Shepard's/McGraw-Hill, 1980	120
Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1986-87), 12 <i>Can. Bus. L.J.</i> 295	1079, 1174

Knoppers, Bartha. "Confidentiality and Accessibility of Medical Information: A Comparative Analysis" (1982), 12 <i>R.D.U.S.</i> 395	687
La Forest, Gérard V. <i>Water Law in Canada</i> . Ottawa: Information Canada, 1973.....	54
Lajoie, Andrée, Patrick A. Molinari et Jean-Marie Auby. <i>Traité de droit de la santé et des services sociaux</i> . Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1981.....	675
Limpens, Jean, Robert M. Kruithof and Anne Meinertzhagen-Limpens. "Liability for One's Own Act". In André Tunc, Chief Editor, <i>International Encyclopedia of Comparative Law</i> , vol. XI, <i>Torts</i> . London: Martinus Nijhoff Publishers, 1971-1981	1085
Markesinis, Basil S. <i>A Comparative Introduction to the German Law of Torts</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.....	1085
Markesinis, Basil S. "La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative", [1983] <i>Rev. int. dr. comp.</i> 31	1081
Maxwell, Sir Peter Benson. <i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969	763, 950
McEldowney, John F. "'Stand By For The Crown': an Historical Analysis", [1979] <i>Crim. L.R.</i> 272.....	152
McHugh, M. H. "Neighbourhood, Proximity and Reliance". In P. D. Finn, ed., <i>Essays on Torts</i> . Sydney: Law Book Co., 1989.....	1178
McLachlin, Beverley M. and James P. Taylor. <i>British Columbia Practice</i> , vol. 1, 2nd ed. Vancouver: Butterworths, 1991 (loose-leaf).....	693
Mewett, Alan W. "The Jury Stand-By" (1988), 30 <i>Crim. L.Q.</i> 385.....	155
Molot, Henry L. "Non-Disclosure of Evidence, Adverse Inferences and the Court's Search for Truth" (1971), 10 <i>Alta. L. Rev.</i> 45	666
Morgan, Donna C. "Controlling Prosecutorial Powers — Judicial Review, Abuse of Process and Section 7 of the Charter" (1986), 29 <i>Crim. L.Q.</i> 15	132, 759
Morissette, Yves-Marie et Daniel W. Shuman. "Le secret professionnel au Québec: une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve" (1984), 25 <i>C. de D.</i> 501.....	675
Municipality of Metropolitan Toronto. Task Force on Public Violence Against Women and Children. <i>Final Report</i> . Toronto: The Task Force, 1984	479
Nadeau, André. "La responsabilité médicale" (1946), 6 <i>R. du B.</i> 153.....	363
New Zealand. Ministerial Committee of Inquiry into Pornography. <i>Pornography: Report of the Ministerial Committee of Inquiry into Pornography</i> . Wellington: The Committee, 1988.....	479
Norwood, David. <i>Life Insurance Law in Canada</i> . Toronto: Richard de Boo Ltd., 1977	670
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed., vol. XIII. Oxford: Clarendon Press, 1989, "represent", "representation"	511
<i>Petit Robert I.</i> Paris: Le Robert, 1984, "recommandation"	411
<i>Petit Robert I.</i> Paris: Le Robert, 1990, "traitement"	735
<i>Petit Robert I.</i> Paris: Le Robert, 1990, "tapage"	179
Platt, Priscilla. <i>Young Offenders Law in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1989	765
Practice Note, [1988] 3 All E.R. 1086.....	120
Quebec. Legislative Assembly of Quebec. <i>Bill 20: Code of Civil Procedure</i> . Québec: Queen's Printer, 1965	433, 441, 680
Québec. Assemblée législative de Québec. <i>Bill 20: Code de procédure civile</i> . Québec: Imprimeur de la Reine, 1965.....	433, 441, 680
Royer, Jean-Claude. <i>La preuve civile</i> . Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1987.....	676

<i>Rules of Criminal Procedure</i> , in <i>Federal Criminal Code and Rules</i> , 1991 revised edition. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1991.....	610
Salhany, R. E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 5th ed. Aurora: Canada Law Book, 1989	769
Scrutton, Sir Thomas Edward. <i>Scrutton on Charterparties and Bills of Lading</i> , 19th ed. By Sir Alan Abraham Mocatta, Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. London: Sweet & Maxwell, 1984.....	1088
Smillie, J. A. "Negligence and Economic Loss" (1982), 32 <i>U.T.L.J.</i> 231	1125
Smith, J. C. <i>Liability in Negligence</i> . Toronto: Carswell, 1984.....	1139, 1177
Solus, Henry et Roger Perrot. <i>Droit judiciaire privé</i> , t. 1. Paris: Sirey, 1961.....	679
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. <i>The Law of Evidence in Civil Cases</i> . Toronto: Butterworths, 1974	687
Stapleton, Jane. "Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda" (1991), 107 <i>L.Q. Rev.</i> 249	1060
Starck, Boris. <i>Droit civil: Obligations: 1. Responsabilité délictuelle</i> , 3 ^e éd. Par H. Roland et L. Boyer. Paris: Libraire de la Cour de cassation, 1988	1081
Swinton, Katherine. "Contract Law and the Employment Relationship: The Proper Forum for Reform". In Barry J. Reiter and John Swan, eds., <i>Studies in Contract Law</i> . Toronto: Butterworths, 1980, 357	990
Tetley, William. "Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates" (1991), 22 <i>J. Mar. Law & Com.</i> 539	1079, 1142, 1174
Treitel, G. H. <i>The Law of Contract</i> , 7th ed. London: Stevens: Sweet & Maxwell, 1987	1008
Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, Inc., 1988	248
Uniform Law Conference of Canada. <i>Proceedings of the Seventieth Annual Meeting</i> . Toronto: 1988.....	613
United Kingdom. Morris Report, Cmnd 2627 (1965).....	154
United Kingdom. Parliament. House of Commons. Fraud Trials Committee. <i>Fraud Trials Committee Report</i> (Roskill Committee). London: H.M.S.O., 1986.....	154
United States. Attorney General's Commission on Pornography. <i>Final Report</i> , vol. 1. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1986.....	479
Vennard, Julie and David Riley. "The Use of Peremptory Challenge and Stand by of Jurors and their Relationship to Trial Outcome", [1988] <i>Crim. L.R.</i> 731	125
Viney, Geneviève. <i>Les obligations: la responsabilité — conditions</i> . <i>Traité de droit civil</i> , t. IV, Paris: L.G.D.J., 1982	1080
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991	1124
Watt, Alastair M. "Le secret professionnel" (1945), 5 <i>R. du B.</i> 189.....	684
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.....	685
Winfield, Sir Percy Henry. <i>Winfield and Jolowicz on Tort</i> , 13th ed. By W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1989.....	1139, 1177
Zweigert, Konrad and Hein Kötz. <i>Introduction to Comparative Law, Volume 1 — The Framework</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987.....	1079

Claude Laberge *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

André Dufresne *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Jacques Côté and Pierre Côté *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Robert Lavigne, Serge Joly and Pierre Joly *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Marie-France Pasini and Benoît Ratté *Appellants*

Claude Laberge *Appellant*

c.

a

Sa Majesté la Reine *Intimée*

b et entre

André Dufresne *Appellant*

c

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

d

et entre

e **Jacques Côté et Pierre Côté** *Appellants*

c.

f

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

g

Robert Lavigne, Serge Joly et Pierre Joly *Appellants*

h

c.

i **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

j **Marie-France Pasini et Benoît Ratté** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Gilbert Wasser *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Michel Juneau *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Gérard Deslongchamps *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PASINI

File Nos.: 22356, 22357, 22360, 22361, 22363, 22364, 22666 and 22730.

1992: April 29.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Stays of proceedings ordered by Superior Court judge quashed.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 669, 63 C.C.C. (3d) 436, 4 C.R. (4th) 188, allowing the Crown's appeal and quashing the stays of proceedings

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a et entre**Gilbert Wasser** *Appelant*^b c.**Sa Majesté la Reine** *Intimée*^c et entre**Michel Juneau** *Appelant*^d c.**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et entre

^e**Gérard Deslongchamps** *Appelant*

c.

^f**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PASINI

^g Nos du greffe: 22356, 22357, 22360, 22361, 22363, 22364, 22666 et 22730.

1992: 29 avril.

^h Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Stevenson et Iacobucci.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

ⁱ *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Annulation de l'arrêt des procédures ordonné par le juge de la Cour supérieure.*^j POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 669, 63 C.C.C. (3d) 436, 4 C.R. (4th) 188, qui a accueilli l'appel du ministère public et annulé l'ordonnance en arrêt des pro-

ordered by the Superior Court, R.J.P.Q. 88-151. Appeals dismissed.

Jean-Claude Hébert, for the appellant Laberge.

Sophie Bourque, for the appellant Dufresne.

Bernard Lamarche, for the appellants Côté, Juneau, Ratté and Deslongchamps.

Danielle Roy, for the appellants Lavigne and Joly.

Sylvain De Lagrave, for the appellant Pasini.

Alain Régnier, for the appellant Wasser.

Michel Denis, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LA FOREST J.—It will not be necessary to hear from you Mr. Denis. The Court is ready to hand down judgment. The judgment will be pronounced by Mr. Justice Gonthier.

GONTHIER J.—These are appeals as of right from a decision of the Quebec Court of Appeal quashing stays of proceedings on grounds of unreasonable delay ordered by Tannenbaum J. We are all in agreement with the Court of Appeal's conclusion that in the exceptional circumstances of this case it was open to the prosecution to exercise its discretion to declare a stay of proceedings by way of *nolle prosequi* and that there were no grounds for the stays of proceedings ordered by Tannenbaum J.

Accordingly, the appeals are dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants Laberge and Dufresne: Hébert, Bourque, Montréal.

Solicitors for the appellants Côté, Ratté and Juneau: Barrière, Côté, Girard, Lamarche, Pinard & Rumanek, Montréal.

cédures rendue par la Cour supérieure, R.J.P.Q. 88-151. Pourvois rejetés.

Jean-Claude Hébert, pour l'appellant Laberge.

Sophie Bourque, pour l'appellant Dufresne.

Bernard Lamarche, pour les appelants Côté, Juneau, Ratté et Deslongchamps.

Danielle Roy, pour les appelants Lavigne et Joly.

Sylvain De Lagrave, pour l'appelante Pasini.

Alain Régnier, pour l'appellant Wasser.

Michel Denis, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre M^e Denis. La Cour est prête à rendre jugement, lequel sera prononcé par le juge Gonthier.

LE JUGE GONTHIER—La Cour est saisie de pourvois de plein droit à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel du Québec cassant des arrêts de procédure pour motif de délai déraisonnable ordonnés par le juge Tannenbaum. Nous sommes tous d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel que dans les circonstances extraordinaires de l'espèce il y avait ouverture à l'exercice par la poursuite de sa discrétion de déclarer un arrêt de procédure par voie de *nolle prosequi* et qu'il n'y avait pas matière à ordonnance des arrêts de procédure par le juge Tannenbaum.

Les pourvois sont donc rejetés.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants Laberge et Dufresne: Hébert, Bourque, Montréal.

Procureurs des appelants Côté, Ratté et Juneau: Barrière, Côté, Girard, Lamarche, Pinard & Rumanek, Montréal.

Solicitor for the appellants Lavigne and Joly: Danielle Roy, Montréal.

Procureur des appelants Lavigne et Joly: Danielle Roy, Montréal.

Solicitor for the appellant Pasini: Sylvain De Lagrave, Montréal.

Procureur de l'appelante Pasini: Sylvain De Lagrave, Montréal.^a

Solicitor for the appellant Wasser: Alain Régnier, Montréal.

Procureur de l'appelant Wasser: Alain Régnier, Montréal.

Solicitors for the appellant Deslongchamps: Melançon, Bertrand & Associés, Laval.^b

Procureurs de l'appelant Deslongchamps: Melançon, Bertrand & Associés, Laval.

Solicitor for the respondent: Michel Denis, Montréal.^c

Procureur de l'intimée: Michel Denis, Montréal.

**Norsk Pacific Steamship Company Limited,
Norsk Pacific Marine Services Ltd., The Tug
Jervis Crown and Francis
MacDonnell** *Appellants*

v.

**Canadian National Railway
Company** *Respondent*

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v.
NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO.

File No.: 21838.

1991: May 2; 1992: April 30.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory,
McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Torts — Negligence — Economic loss — Railway
bridge owned by Crown damaged by barge — Bridge
used by railways under contract — Bridge owner recover-
ing damages from defendants — Railways unable to
recover economic losses from bridge owner — Whether
or not defendants liable to railways using bridge for
economic loss.*

A barge being towed down the Fraser River by a tug
owned by Norsk collided in heavy fog with the New
Westminster railway bridge and caused extensive dam-
age which closed the bridge for several weeks. Appel-
lants admitted liability for negligence as to the collision.
The bridge was owned by Public Works Canada (PWC)
and used by four railways, including CN.

The bridge formed part of CN's main line and con-
nected with tracks and land owned by CN on either side
of the bridge. The railways' use of the bridge was gov-
erned by contract which explicitly reserved full owner-
ship of the bridge to PWC and explicitly rejected any
possibility of a leasehold estate or interest in CN. The
bridge operated on the principle of full recovery of all
operating and maintenance costs but not for profit. CN,
in addition, agreed to provide PWC, on a contractual
basis, with repair, maintenance, consulting and inspec-

**Norsk Pacific Steamship Company Limited,
Norsk Pacific Marine Services Ltd., le
remorqueur Jervis Crown et Francis
MacDonnell** *Appellants*

a

c.

**Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada** *Intimée*

b

RÉPERTORIÉ: CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU
CANADA c. NORSK PACIFIC STEAMSHIP CO.

c N° du greffe: 21838.

1991: 2 mai; 1992: 30 avril.

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

d

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Perte éco-
nomique — Dommages causés par un chaland à un pont
ferroviaire appartenant à l'État — Pont utilisé par des
compagnies ferroviaires en vertu d'un contrat — Défen-
deurs tenus de verser des dommages-intérêts au pro-
priétaire du pont — Impossibilité pour les compagnies
ferroviaires de se faire indemniser de leurs pertes éco-
nomiques par le propriétaire du pont — Les défendeurs
sont-ils responsables de la perte économique subie par
les compagnies ferroviaires qui utilisent le pont?*

f

Un chaland qu'un remorqueur de Norsk tirait sur le
fleuve Fraser, dans un épais brouillard, a heurté le pont
ferroviaire de New Westminster et a causé des dom-
mages importants qui ont entraîné la fermeture du pont
pendant plusieurs semaines. Les appelants ont reconnu
leur responsabilité pour négligence relativement à la
collision survenue. Le pont appartenait à Travaux
publics Canada (TPC) et était utilisé par quatre compa-
gnies ferroviaires, dont le CN.

h

Le pont faisait partie de la voie principale du CN et
reliait les rails et les terrains du CN situés à chaque
extrémité de celui-ci. L'utilisation du pont par les com-
pagnies ferroviaires était régie par un contrat qui pré-
voyait expressément que le pont demeurait la propriété
exclusive de TPC et écartait explicitement toute possibi-
lité pour le CN d'obtenir un droit de tenure à bail. L'ex-
ploitation du pont était fondée sur le principe du rem-
boursement intégral des frais d'exploitation et
d'entretien, et non sur celui de la rentabilité. De plus, le

i

j

tion services as PWC might request. PWC was to authorize all such services and to pay for them as needed. CN also provided some services voluntarily.

PWC paid for the repair to the bridge and recovered all damages resulting from the collision at trial. The licence contracts between PWC and the railways, however, provided for no indemnification in the case of disruption of bridge service. Unable to claim under the contract, CN brought this action in tort against Norsk and the other defendants claiming for the actual costs incurred because of the bridge closure.

Before trial, it was agreed that the entitlement of two of the railways to recover for pure economic loss would stand or fall on the result of the action by CN. The trial judge allowed CN's claim against Norsk and dismissed it as against the other defendants. Norsk's appeal to the Court of Appeal was dismissed.

At issue here is whether or not economic loss, and "contractual relational economic loss" in particular, is recoverable in tort.

Held (La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.: Pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Proximity is the controlling concept, avoiding the spectre of unlimited liability. Proximity may be established by a variety of factors depending on the nature of the case. The categories are not closed and further definition as to what factors give rise to liability for pure economic loss will occur as more cases are decided. In determining whether liability should be extended to a new situation, the courts should consider the factors traditionally relevant to proximity such as the relationship between the parties, physical propinquity, assumed or imposed obligations and close causal connection. Sufficient special factors must exist to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability. The result would be a principled, yet flexible, approach to tort liability for pure economic loss. Recovery would be allowed where justified, while excluding indeterminate

CN a consenti à fournir à TPC, sur une base contractuelle, les services de réparation, d'entretien, de consultation et d'inspection que TPC pourrait requérir. TPC devait autoriser tous ces services et les payer lorsqu'il en avait besoin. Le CN fournissait également certains services spontanément.

TPC a payé pour faire réparer le pont et a obtenu, en première instance, l'indemnisation de tous les dommages résultant de la collision. Les contrats de licence passés entre TPC et les compagnies ferroviaires ne prévoyaient, toutefois, aucune indemnisation en cas d'impossibilité d'utiliser le pont. Ne disposant d'aucun recours fondé sur le contrat, le CN a intenté contre Norsk et les autres défendeurs la présente action délictuelle visant le paiement des frais réels occasionnés par la fermeture du pont.

Avant le procès, il a été convenu que deux des compagnies ferroviaires conserveraient ou perdraient le droit de se faire indemniser d'une perte purement économique, selon l'issue de l'action du CN. Le juge de première instance a fait droit à l'action du CN contre Norsk et l'a rejetée dans la mesure où elle visait les autres défendeurs. L'appel interjeté par Norsk à la Cour d'appel a été rejeté.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la perte économique et, notamment, la «perte économique relationnelle découlant d'un contrat» peuvent donner lieu à indemnisation en matière délictuelle.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin: La perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Le lien étroit est la notion déterminante qui permet d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée. On peut établir l'existence d'un lien étroit au moyen de toute une gamme de facteurs, selon la nature de l'affaire. Les catégories ne sont pas limitatives et on trouvera une autre définition des facteurs qui engendrent la responsabilité pour perte purement économique au fur et à mesure qu'un plus grand nombre d'affaires seront jugées. Pour déterminer s'il y a lieu d'étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux devraient tenir compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Il doit y avoir des facteurs spéciaux suffisants pour éviter

and inappropriate liability, and it will permit the coherent development of the law.

In effect, the absolute exclusionary rule could be seen as an indicator of proximity in accordance with the approach initiated in England by *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, and followed in Canada in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works, Kamloops (City of) v. Nielsen* and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.* Where there is physical injury or damage, one posits proximity on the ground that if one is close enough to someone or something to do physical damage to it, one is close enough to be held legally responsible for the consequences. It is, however, not the only indicator of proximity. The necessary proximity to found legal liability fairly in tort may arise in circumstances where there is no physical damage.

A more comprehensive and objective consideration of proximity requires that the court review all of the factors connecting the negligent act with the loss; this includes not only the relationship between the parties but all forms of proximity — physical, circumstantial, causal or assumed indicators of closeness. While it is impossible to define comprehensively what will satisfy the requirements of proximity or directness, precision may be found as types of relationships or situations are defined in which the necessary closeness between negligence and loss exists.

Proximity, while critical to establishing the right to recover pure economic loss in tort, does not always indicate liability. The approach adopted in *Kamloops* (paralleled by the second branch of *Anns v. Merton London Borough Council*) requires that the court consider the purposes served by permitting recovery as well as any residual policy considerations which call for a limitation on liability. Liability for pure economic loss can therefore be rejected where indicated by policy reasons not taken into account in the proximity analysis.

l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable. Il en résulterait une façon fondée sur des principes et, en même temps, souple d'aborder la responsabilité délictuelle pour la perte purement économique. Grâce à cette façon de procéder, l'indemnisation serait permise lorsque justifiée, tout en excluant la responsabilité indéterminée et inopportune, et l'évolution cohérente du droit sera alors possible.

En effet, la règle d'exclusion absolue pourrait être considérée comme un signe de l'existence d'un lien étroit, conformément à l'approche amorcée en Angleterre par l'arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.* et suivie au Canada dans les arrêts *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works, Kamloops (Ville de) c. Nielsen* et *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.* Lorsqu'il y a lésion corporelle ou dommage matériel, on pose en principe l'existence d'un lien étroit pour le motif que, si on est assez près de quelqu'un ou de quelque chose pour lui causer une lésion corporelle ou un dommage matériel, on est assez proche pour être considéré comme légalement responsable des conséquences qui s'ensuivent. Ce n'est toutefois pas le seul signe de l'existence d'un lien étroit. Le lien étroit nécessaire pour établir équitablement une responsabilité légale en matière délictuelle peut prendre naissance dans des circonstances où il n'y a aucun préjudice physique.

L'analyse plus complète et objective du lien étroit exige du tribunal qu'il examine tous les facteurs liant l'acte négligent à la perte, ce qui inclut non seulement le rapport qui existe entre les parties mais encore toutes les formes de lien étroit — des signes physiques, circonstanciels, causals ou présumés de proximité. Bien qu'il ne soit pas possible de définir en détail ce qui satisfera aux conditions de l'existence d'un lien étroit ou direct, on peut trouver des précisions car des types de rapports ou de situations sont définis, dans lesquels existe le degré de proximité nécessaire entre la négligence et la perte.

Bien que l'existence d'un lien étroit soit essentielle pour établir le droit à l'indemnisation de la perte purement économique en matière délictuelle, elle n'indique pas toujours qu'il y a responsabilité. L'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops* (qui correspond au deuxième volet de l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*) exige que la cour se demande quelles fins seraient servies si on permettait l'indemnisation et s'il y a d'autres considérations de principe qui exigent une limitation de la responsabilité. La responsabilité pour perte purement économique peut donc être rejetée lorsqu'il y a lieu de le faire pour des raisons de principe dont il n'a pas été tenu compte dans l'analyse du lien étroit.

The approach enunciated in *Kamloops* does not threaten to open the floodgates of indeterminate liability, lead to undue uncertainty, or cause unfair or inefficient economic allocation of resources. Rather, it is sensitive to these concerns. The legislature, moreover, can impose limits if the courts extend liability too far following this approach. In light of the review of the issues of insurance, loss spreading and contractual allocation of risk raised against liability in this appeal, there is no practical reason for the courts to retreat to the inflexible rule, for example, one that never countenances recovery of economic loss except where the plaintiff has suffered physical damage or injury or has relied on a negligent misrepresentation.

CN suffered economic loss as a result of being deprived of its contractual right to use the bridge damaged by the defendants' negligence. Its right to recover depended on: (1) whether it could establish sufficient proximity or "closeness" and (2) whether extension of recovery to this type of loss was desirable from a practical point of view.

The issue of proximity had to be considered anew here. The case did not fall within any of the categories where proximity and liability had previously been found to exist.

In addition to focusing upon the relationship between Norsk and CN — a significant indicator of proximity in and of itself — the trial judge based his conclusion that there was sufficient proximity on a number of factors related to CN's connection with the property damaged, the bridge, including the fact that CN's property was in close proximity to the bridge, that CN's property could not be enjoyed without the link of the bridge which was an integral part of its railway system, and that CN supplied materials, inspection and consulting services for the bridge, was its preponderant user, and was recognized in the periodic negotiations surrounding the closing of the bridge.

Recovery for purely economic loss has been recognized for a "joint" or "common venture" category. To deny recovery in such circumstances would be to deny it to a person who for practical purposes is in the same position as if he or she owned the property physically damaged. Here, CN's operations were so closely allied

L'approche énoncée dans l'arrêt *Kamloops* ne menace pas d'engendrer une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité indéterminée, de mener à une trop grande incertitude ou d'entraîner une répartition financière injuste ou inefficace des ressources. Au contraire, elle tient compte de ces préoccupations. De plus, les législatures peuvent imposer des limites si, en suivant cette approche, les tribunaux étendent trop la responsabilité. Si on se base sur l'examen des questions de l'assurance, de la répartition des pertes et de la répartition contractuelle du risque, soulevées à l'encontre de la responsabilité en l'espèce, il n'y a aucune raison pratique pour que les tribunaux reviennent à une règle rigide comme, par exemple, une règle qui n'admet jamais l'indemnisation de la perte économique sauf lorsque le demandeur a subi un dommage matériel ou une lésion corporelle ou s'est fié à une déclaration inexacte faite par négligence.

Le CN a subi une perte économique en étant privé de son droit contractuel d'utiliser le pont endommagé suite à la négligence des défendeurs. Son droit à l'indemnisation dépend de la question de savoir (1) s'il peut prouver l'existence d'un lien suffisamment étroit et (2) si l'extension de l'indemnisation à ce type de perte est souhaitable du point de vue pratique.

En l'espèce, il fallait examiner de nouveau la question du lien étroit. L'affaire ne tombait dans aucune des catégories où on avait déjà conclu à l'existence d'un lien étroit et d'une responsabilité.

En plus de mettre l'accent sur l'existence d'un rapport entre Norsk et le CN, qui constitue en soi un signe important de l'existence d'un lien étroit, le juge de première instance a fondé sa conclusion à l'existence d'un lien suffisamment étroit sur un certain nombre de facteurs liés au rapport existant entre le CN et le bien endommagé, le pont, dont le fait que les biens du CN avaient un lien étroit avec le pont, que les biens du CN ne pouvaient pas être utilisés sans le lien que constituait le pont qui faisait partie intégrante de son réseau ferroviaire, et le fait que le CN fournissait des matériaux et des services d'inspection et de consultation pour le pont et qu'il en était le principal usager, ce qui était admis dans les négociations périodiques entourant la fermeture du pont.

L'indemnisation de la perte purement économique a été admise en ce qui concerne la catégorie des «entreprises communes» ou «conjointes». Refuser l'indemnisation en pareilles circonstances reviendrait à la refuser à une personne qui, à toutes fins pratiques, se trouve dans la même situation que si elle était propriétaire du bien

to the operations of PWC's damaged bridge that the necessary proximity is established.

From a practical point of view, extension of recovery to this type of loss is desirable. Recovery permits a plaintiff, whose position for practical purposes vis-à-vis the tortfeasor is indistinguishable from that of the owner of the damaged property, to recover what the actual owner could have recovered. This is fair and avoids an anomalous result. Recovery of economic loss in this case does not open the floodgates to unlimited liability; the category is a limited one and allows potential tortfeasors to gauge in advance the scope of their liability.

Per Stevenson J.: While in Canada there is no general exclusionary rule precluding recovery of pure economic loss in a negligence action, there are acceptable policy reasons which preclude recovery of certain types of economic losses. For policy reasons and for reasons of fairness to defendants, the law must deny recovery of economic losses which give rise to the possibility of indeterminate liability. Relational losses usually create the possibility of indeterminate liability and their recovery is therefore exceptional. Aside from the danger of indeterminate liability, however, there is no reason in principle that bars recovery of such losses. Relational losses should thus be recoverable wherever the policy concern about indeterminate liability does not apply. There is no danger of indeterminate liability when the defendant actually knows or ought to know of a specific individual or individuals, as opposed to a general or unascertained class of the public, who is or are likely to suffer a foreseeable kind of loss as a result of negligence by that defendant. With a "known plaintiff", the scope of liability cannot become indeterminate. While the "known plaintiff" approach may not be an adequate final limit on recovery of relational economic loss, it provides an appropriate basis for excluding the relational loss exclusionary rule. There may be other exceptions. The concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line on the issue of liability.

endommagé. En l'espèce, les opérations du CN sont liées de si près à l'exploitation du pont endommagé de TPC que l'existence du lien étroit nécessaire est établie.

Du point de vue pratique, l'extension de l'indemnisation à ce genre de perte est souhaitable. L'indemnisation permet au demandeur dont la position, à toutes fins pratiques, vis-à-vis de l'auteur du délit, ne saurait être distinguée de celle du propriétaire du bien endommagé, de recouvrer ce que le véritable propriétaire aurait pu recouvrer. Cela est juste et permet d'éviter un résultat anormal. L'indemnisation de la perte économique dans la présente affaire n'entraîne pas une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée; on est en présence d'une catégorie limitée où les auteurs de délits éventuels peuvent évaluer d'avance l'étendue de leur responsabilité.

Le juge Stevenson: Bien qu'il n'existe au Canada aucune règle générale d'exclusion qui interdise l'indemnisation de la perte purement économique dans une action pour négligence, il existe des raisons de principe acceptables d'empêcher l'indemnisation de certains types de pertes économiques. Pour des raisons de principe et des raisons d'équité à l'égard des défendeurs, le droit doit refuser l'indemnisation des pertes économiques qui engendrent la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Les pertes relationnelles engendrent habituellement la possibilité d'une responsabilité indéterminée et c'est pourquoi l'indemnisation de ces pertes est exceptionnelle. Toutefois, hormis le danger de la responsabilité indéterminée, il n'y a aucune raison d'interdire en principe l'indemnisation des pertes relationnelles. Il devrait donc y avoir indemnisation des pertes relationnelles dans tous les cas où il n'y a pas lieu, en principe, de se préoccuper de la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée lorsque le défendeur sait effectivement ou devrait savoir qu'une ou des personnes en particulier, par opposition à une catégorie générale ou indéterminée de personnes, est ou sont susceptibles de subir une forme prévisible de perte du fait de sa négligence. Lorsque le demandeur est connu, la portée de la responsabilité ne peut devenir indéterminée. Bien que la règle du demandeur connu ne constitue peut-être pas une limite définitive appropriée à l'indemnisation de la perte économique relationnelle, elle fournit un bon motif d'écarter la règle d'exclusion de la perte relationnelle. Il se peut qu'il y ait d'autres exceptions. La notion du lien étroit n'est pas susceptible de fournir une justification, fondée sur des principes, qui permette de définir l'étendue de la responsabilité.

On the facts of this case, there is no policy rationale for excluding liability. The appellants do not deny that the respondent's loss was foreseeable or that the other usual elements necessary to found a liability in negligence were present. One navigating near a bridge would ordinarily realize that damage to the bridge structure will cause damage to the users of the bridge. The loss and the victim were identifiable, and the damage almost inevitable. The appellants ought to have known — and in fact knew — that the respondent would suffer economic loss as a result of their negligence. Liability would in no way be out of proportion with the neglect. There is no danger of indeterminate liability.

Per La Forest, Sopinka and Iacobucci JJ. (dissenting): There are at least three types of economic loss cases in tort. The first involves consequential economic loss. In those cases, the plaintiff claims for economic loss which occurs as a consequence of the plaintiff's being personally injured or incurring property damage. In the second type, which can be termed non-relational economic loss, the plaintiff claims for pure economic loss which is unrelated to any personal injury or property damage suffered by either the plaintiff or any third party. It is doubtful that this group can be analyzed in terms of a single rule. The third type, present here, involves a claim for relational economic loss by the plaintiff as a result of damage caused to someone else's property.

Thus the issue in this case is not whether economic losses are recoverable in tort; they are indeed recoverable in certain cases. The issue, rather, is whether a person (A) who contracts for the use of property belonging to another (B) can sue a person who damages that property for losses resulting from A's inability to use the property during the period of repair. This type of loss can be referred to as contractual relational economic loss.

A distinct approach to contractual relational economic loss cases is justified both on policy grounds and on precedent. In policy terms, contractual economic loss cases have a number of specific characteristics that differentiate them from other pure economic loss cases. First, the property owner's right of action already puts pressure on the defendants to act with care. Imposing further liability cannot reasonably be justified on the grounds of

Il n'y a, d'après les faits de l'espèce, aucune raison de principe d'écarter la responsabilité. Les appelants ne nient pas le caractère prévisible de la perte subie par l'intimée ni la présence des autres éléments habituellement nécessaires à l'établissement de la responsabilité pour négligence. Celui qui navigue près d'un pont est ordinairement conscient que le dommage causé à la structure du pont causera aussi un préjudice à ceux qui l'utilisent. La perte et la victime étaient identifiables et le dommage, presque inévitable. Les appelants auraient dû savoir, et ils le savaient effectivement, que l'intimée subirait une perte économique du fait de leur négligence. La responsabilité ne serait aucunement disproportionnée à la négligence. Il n'y a pas danger de responsabilité indéterminée.

Les juges La Forest, Sopinka et Iacobucci (dissentants): Il y a au moins trois genres de cas de perte économique en matière délictuelle. Dans le premier cas, il y a la perte économique indirecte. Dans ce cas, la réclamation du demandeur vise la perte économique engendrée par une lésion corporelle ou un dommage matériel subi par le demandeur. Dans le deuxième cas où la perte peut être qualifiée de perte économique non relationnelle, la réclamation du demandeur vise une perte purement économique non liée à une lésion corporelle ou à un dommage matériel subi par le demandeur lui-même ou par un tiers. Il est douteux que cette catégorie puisse être analysée sous l'angle d'une seule règle. Dans le troisième cas, celui dont il est question ici, la réclamation est fondée sur la perte économique relationnelle subie par le demandeur en raison d'un dommage causé au bien d'autrui.

Ainsi, il ne s'agit pas, en l'espèce, de déterminer si les pertes économiques peuvent donner lieu à indemnisation en matière délictuelle, puisqu'elles peuvent effectivement donner lieu à indemnisation dans certains cas. Il s'agit plutôt de déterminer si la personne (A) qui passe un contrat pour l'utilisation d'un bien appartenant à une autre personne (B) peut poursuivre la personne qui endommage ce bien pour les pertes découlant de l'incapacité de A d'utiliser le bien pendant qu'il est en réparation. Ce genre de perte peut être qualifié de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Tant des raisons de principe que la jurisprudence justifient d'aborder de manière différente les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. En principe, les cas de perte économique découlant d'un contrat comportent un certain nombre de caractéristiques précises qui les différencient d'autres cas de perte purement économique. Premièrement, le droit d'action du propriétaire du bien incite déjà les défendeurs à faire

deterrence. Second, a firm exclusionary rule does not necessarily exclude compensation to the plaintiff for his or her loss. Rather, it simply channels to the property owner both potential liability to the plaintiff and the right of recovery against the tortfeasor. Third, perfect compensation in these cases is almost always impossible because of the ripple effects which are of the very essence of contractual relational economic loss. These effects are often absent in other economic loss cases. It is in this sense that the solution to cases of this type is necessarily pragmatic: the whole exercise in this kind of situation involves drawing a line amongst those who are undeniably injured by the tortfeasor who was undeniably at fault. Fourth, contractual relational economic loss cases, typically, involve accidents, an aspect of fundamental importance with respect to tests of liability founded on the foreseeability of an individual plaintiff or an ascertained class of plaintiffs.

As for precedent, the debate over recovery of pure economic loss in tort has been obscured by the existence of two different versions of an exclusionary rule barring recovery for pure economic loss. In its narrow formulation, the rule excludes claims for negligent interference with contractual relations where a third party's property has been damaged and where the damage to the plaintiff's contractual relations is caused as a result of that property damage. The rule was originally developed in these terms in *Cattle v. Stockton Waterworks Co.*, and other early cases as noted in the recent case of *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*. Subsequently, the exclusionary rule was broadened and purported to exclude all claims in negligence for pure economic loss. This broad rule was rejected in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, opening up a third phase in the development of law on economic loss. Many recent cases in the area of economic loss have approached the problem at a very high level of generality. They have addressed the question of whether we should abandon the broad rule altogether. The result of this broad approach is that cases on relational economic loss are unhelpfully bound up with other types of economic loss cases that raise different policy concerns. Precedent and policy support a

preuve de diligence. La dissuasion ne saurait raisonnablement justifier l'imposition d'une responsabilité supplémentaire. Deuxièmement, une règle stricte d'exclusion de la responsabilité n'exclut pas nécessairement l'indemnisation de la perte subie par le demandeur. Au contraire, elle ne fait que canaliser vers le propriétaire du bien la responsabilité potentielle envers le demandeur et le droit de se faire indemniser par l'auteur du délit. Troisièmement, l'indemnisation parfaite en pareils cas est presque toujours impossible en raison des effets d'enchaînement qui caractérisent la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Ces effets sont souvent absents dans d'autres cas de perte économique. C'est dans ce sens que la solution des affaires de ce genre est nécessairement pragmatique: la cour est obligée, dans ce genre de situation, d'établir une ligne de démarcation parmi les personnes à qui l'auteur du délit, qui était indéniablement fautif, a indéniablement causé un préjudice. Quatrièmement, les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat surviennent habituellement à la suite d'un accident; c'est là un aspect qui revêt une importance fondamentale en ce qui concerne les critères de responsabilité fondés sur la prévisibilité d'un demandeur particulier ou d'une catégorie déterminée de demandeurs.

Sur le plan de la jurisprudence, l'existence de deux versions différentes d'une règle d'exclusion interdisant l'indemnisation des pertes purement économiques a embrouillé la question de l'indemnisation de la perte purement économique en matière délictuelle. Selon sa formulation stricte, la règle exclut la responsabilité pour ingérence par négligence dans des rapports contractuels lorsque le bien d'un tiers a été endommagé et lorsque le préjudice causé aux rapports contractuels du demandeur résulte de ce dommage matériel. C'est en ces termes que la règle a été formulée au départ dans la décision *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* et dans d'autres affaires anciennes, tel que souligné dans l'arrêt récent *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*. Par la suite, le champ d'application de la règle d'exclusion a été élargi et elle était censée exclure toutes les réclamations, en matière de négligence, pour perte purement économique. Cette règle générale a été rejetée dans *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.* ce qui a marqué le début d'une troisième phase de l'évolution du droit en matière de perte économique. Beaucoup de décisions récentes en matière de perte économique ont abordé le problème de manière très générale. Elles ont examiné la question de savoir si nous devrions abandonner la règle générale complètement. Cette méthode générale sème la confusion car les affaires relatives à une perte économique relationnelle

distinct approach to the issue of contractual relational economic loss.

The decisions of this Court relied upon by the respondent are not contractual relational economic loss cases; they involve other types of economic loss claims which raise different policy concerns. Undoubtedly, the decisions of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* and *Kamloops (City of) v. Nielsen*, refute the existence of a broad exclusionary rule in Canada and *Murphy v. Brentwood District Council* does not represent the law in Canada. However, nothing in *Rivtow* or *Kamloops* indicates that the Court considered the narrow exclusionary rule to be ill-advised.

While the respondent recognized the existence of the narrow rule in *Cattle*, it sought first to avoid the application of the rule by contending that its interest was more than a mere contractual interest. Second, they sought to qualify the application of the rule in *Cattle* by contending that even if CN has only a contractual interest, the existence of other factors is sufficient to constitute a special relationship with the tortfeasor and to ground recovery for its contractual claims. These arguments were dealt with in turn.

CN's arguments that the narrow rule should not apply in this case because it had more than a contractual interest were unpersuasive. First, CN did not suffer a "transferred loss of use" any different in kind from that suffered by the typical contractual claimant. The argument that granting judgment to CN in this case would not extend the liability of the defendants over and above what they would normally incur to the owner of commercial property (since the owner could have collected damages for loss of use) was unconvincing. A similar argument was rejected in *Candlewood* on stronger facts for the plaintiff. Adoption of a "transferred loss of use" theory in cases of this type would lead to great uncertainties in measuring, tracing and apportioning damages. Second, CN did not come under the common adventure or joint venture exception to the narrow exclusionary rule. CN's preponderant usage of the bridge and its contractual arrangement to supply repair services to PWC where requested and paid for by PWC were not sufficient to constitute a common adventure.

sont inutilement liées à d'autres genres d'affaires de perte économique qui soulèvent des questions de principe différentes. La jurisprudence et les principes justifient l'adoption d'une façon spécifique d'aborder la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Les arrêts de notre Cour, sur lesquels se fonde l'intimée, ne constituent pas des cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat; ils comportent d'autres types de réclamations fondées sur une perte économique qui soulèvent des questions de principe différentes. Il n'y a pas de doute que les arrêts de notre Cour *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen* réfutent l'existence d'une règle d'exclusion de portée générale au Canada, et que l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council* ne représente pas l'état du droit en vigueur au Canada. Cependant, rien dans *Rivtow* ou *Kamloops* n'indique que notre Cour a jugé peu judicieuse la règle stricte d'exclusion.

Tout en reconnaissant l'existence de la règle stricte énoncée dans *Cattle*, l'intimée a d'abord cherché à éviter l'application de cette règle en soutenant que le droit qu'elle possédait était plus qu'un simple droit découlant d'un contrat. Elle a ensuite cherché à limiter l'application de la règle de la décision *Cattle* en prétendant que même si le CN ne possédait qu'un droit découlant d'un contrat, l'existence d'autres facteurs est suffisante pour qu'il y ait un rapport spécial avec l'auteur du délit et pour justifier l'indemnisation relative à ses réclamations fondées sur un contrat. Ces arguments ont été examinés à tour de rôle.

Les arguments du CN selon lesquels la règle stricte ne devrait pas s'appliquer ici parce qu'il possédait davantage qu'un droit découlant d'un contrat ne sont pas convaincants. Premièrement, le CN n'a pas subi de «perte d'usage transférée» qui soit différente de celle subie par le réclamant typique en vertu d'un contrat. L'argument voulant que donner gain de cause au CN en l'espèce n'aurait pas pour effet d'élargir la responsabilité des défendeurs au-delà de celle à laquelle ils s'exposeraient normalement envers le propriétaire d'un bien commercial (étant donné que le propriétaire aurait pu percevoir des dommages-intérêts pour perte d'usage) n'est pas convaincant. Un argument semblable a été rejeté dans l'affaire *Candlewood* où les faits étaient plus favorables à la demanderesse. L'adoption d'un principe de la «perte d'usage transférée» dans des cas de ce genre engendrerait de grandes incertitudes en matière d'évaluation, d'identification et de répartition des dommages. Deuxièmement, l'exception de l'entreprise commune ou conjointe à l'application de la règle stricte d'exclusion

Common adventure cases involve a situation where B is bound to contribute to A's loss under general average rules and seeks to recover that amount from the wrongdoer C. They also involve discretionary decisions made in the common interest which impose cost disproportionately amongst those who benefit from the decision. There was no common imminent peril in this case and CN was not required to contribute to PWC's loss. CN's voluntary contributions to bridge maintenance were also insufficient to constitute a common adventure.

Turning to the second branch of CN's argument, it was necessary, before examining the various proposals that have been made to relax the bright line rule which excludes recovery for contractual relational economic loss, to set forth the criteria that a rule in this area should meet. The guideposts set forth by McLachlin J. for establishing a rule in this area were generally agreed with: liability must be limited; the limits must be clearly defined; considerations of policy and fairness must be taken into account. A number of additional aspects are also relevant to the choice of a rule in this area. It is often suggested that indeterminacy is the only problem the rule must confront. This was perhaps natural in light of the importance of potential indeterminate liability in negligent misrepresentation cases and the fact that the breakthrough in allowing recovery for economic loss came in *Hedley Byrne*. However, the resulting confusion between the indeterminate liability problem and economic loss cases in general tends to obscure the variety of issues raised in different kinds of economic loss cases. Although a rule in the area of contractual relational economic loss certainly must confront the problem of indeterminacy, the rule should serve to do more than just exclude indeterminate liability. A test for recovery in cases of contractual relational economic loss should also reflect the characteristics of this type of litigation. The rule should encourage both parties to act in ways that will minimize overall losses.

ne s'appliquait pas au CN. L'usage prépondérant du pont par le CN et l'entente contractuelle qu'il avait conclue pour fournir à TPC des services de réparation lorsque ceux-ci seraient requis et payés par TPC, ne suffisaient pas pour qu'il y ait entreprise commune. Les cas d'entreprise commune impliquent l'existence d'une situation où B est tenu de payer sa part de la perte subie par A, en vertu des règles de l'avarie commune, et où il cherche à récupérer ce montant auprès de C, l'auteur du méfait. Ils comportent également la prise, dans l'intérêt de tous, de décisions discrétionnaires qui répartissent disproportionnellement le coût parmi ceux qui tirent profit de la décision en cause. Il n'y avait pas de péril commun imminent en l'espèce et le CN n'était pas tenu de payer sa part de la perte de TPC. Les contributions volontaires du CN à l'entretien du pont étaient également insuffisantes pour qu'il y ait entreprise commune.

Quant au second volet de l'argument du CN, il était nécessaire d'énoncer les critères auxquels doit satisfaire une règle dans ce domaine, avant d'examiner les diverses propositions qui ont été faites dans le but d'assouplir la règle de la démarcation très nette qui exclut l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. On s'est dit généralement d'accord avec les critères applicables à l'établissement d'une règle en la matière, qui ont été énoncés par le juge McLachlin: la responsabilité doit être limitée; les limites doivent être clairement définies; des considérations de principe et d'équité doivent entrer en ligne de compte. Un certain nombre d'autres aspects sont aussi pertinents pour choisir une règle dans ce domaine. On laisse souvent entendre que le seul problème que doit surmonter la règle est celui de l'indétermination. Cela était peut-être naturel compte tenu de l'importance du risque de responsabilité indéterminée qui existe dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence et du fait que la percée de l'indemnisation de la perte économique ait eu lieu dans *Hedley Byrne*. Toutefois, la confusion qui s'est ensuivie entre le problème de la responsabilité indéterminée et les cas de perte économique en général tend à obscurcir les diverses questions soulevées dans différents genres d'affaires de perte économique. Bien qu'une règle dans le domaine de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat doive sûrement surmonter le problème de l'indétermination, pareille règle devrait faire davantage que simplement exclure la responsabilité indéterminée. Le critère applicable à l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat devrait également refléter les caractéristiques de ce genre de litige. La règle devrait encourager les deux parties à agir de manière à réduire les pertes globales.

The rule must, of course, also confront the problem of indeterminacy. What then does it mean for a particular liability to be determinate? First, in this area, the requisite certainty should exist before the accident occurs. Second, the concern is not simply the risk of a large number of claims since an accident may injure a large number of people or cause extensive property damage. Rather, the concern is that the volume of claims is indeterminate and therefore difficult and expensive to insure against. In physical damage cases, the number of potential first-victim claims is usually foreseeable even when large. Even more importantly, it is rare for multiple physical damage claims to ripple down a chain. In contrast, such ripple effects are the very essence of contractual relational economic loss. A third important consideration is the indeterminacy of each claim. Allowing recovery for contractual expectancies would require analysis of who bore the loss. The problem with this case, from the perspective of indeterminacy, is that it involves a type of accident that will very likely lead to a great number of claims.

The proposed tests that would allow recovery do not meet the criteria that a rule should have in this area. First, the "individual plaintiff" or "ascertained class of plaintiffs" test was rejected in *Candlewood*. While useful in negligent misrepresentation cases, it has no link with the defendant's degree of fault or with the merit of the plaintiff's claim in the context of an accident. Second, foresight of the specific nature of the plaintiff's loss is not sufficient; in practically all cases of this type, the defendant will be aware that the specific nature of the loss will be loss of use of the damaged property. Third, the "physical effects" test adopted by Jacobs J. in *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"*, is not satisfied even if it were to be adopted. The other railways suffered identical damages despite not owning any property in physical propinquity to the accident. There is no policy significance in the fact that a particular plaintiff owns property in proximity to an accident. Fourth, the concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line with respect to the issue of liability for the reasons expressed by Stevenson J. It expresses a result, rather than a principle. Fifth, liability in this area should not be established based on the court's perception of the extent of the defendant's moral fault. Liability is very often vicarious

Il va sans dire que la règle doit également surmonter le problème de l'indétermination. Que faut-il alors pour qu'une responsabilité en particulier soit déterminée? Premièrement, dans ce domaine, la certitude requise devrait exister avant que l'accident ne survienne. Deuxièmement, on ne s'inquiète pas simplement du risque qu'il y ait un grand nombre de réclamations puisqu'un accident peut blesser un grand nombre de gens ou causer des dommages matériels considérables. On s'inquiète plutôt de ce que le nombre de réclamations soit indéterminé et qu'il soit donc difficile et coûteux de s'assurer contre ce risque. Dans les cas de préjudice physique, le nombre possible de réclamations de première victime est habituellement prévisible même s'il est élevé. Aspect plus important encore, il est rare que des réclamations pour préjudice physique se multiplient par des effets d'enchaînement. En revanche, de tels effets d'enchaînement constituent l'essence même de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Un troisième facteur important est le fait que chaque réclamation est indéterminée. Permettre l'indemnisation des attentes en matière contractuelle exigerait qu'on procède à une analyse afin de déterminer qui a essuyé la perte. Le problème que soulève la présente affaire, du point de vue de l'indétermination, est qu'il est question d'un type d'accident fort susceptible d'engendrer une multitude de réclamations.

Les règles proposées qui permettraient l'indemnisation ne satisfont pas aux critères qu'une règle devrait respecter dans ce domaine. Premièrement, la règle exigeant un «demandeur en particulier» ou une «catégorie déterminée de demandeurs» a été rejetée dans *Candlewood*. Bien qu'elle soit utile dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence, elle n'a rien à voir avec le degré de faute du défendeur ou avec le bien-fondé de la réclamation du demandeur dans le contexte d'un accident. Deuxièmement, la prévision de la nature précise de la perte du demandeur ne suffit pas; dans presque toutes les affaires de ce genre, le défendeur sait que la perte subie sera précisément la perte d'usage du bien endommagé. Troisièmement, même s'il devait être adopté, le critère des «effets physiques» formulé par le juge Jacobs dans *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* n'est pas rempli. Les autres compagnies ferroviaires ont subi des dommages identiques même si elles ne possédaient pas un bien situé près du lieu de l'accident. Le fait qu'un demandeur en particulier possède un bien situé près du lieu d'un accident n'a, en principe, aucune importance. Quatrièmement, pour les motifs exposés par le juge Stevenson, la notion du lien étroit n'est pas susceptible de fournir une justification, fondée sur des principes, qui permette de définir

in cases of this type. The hallmark of vicarious liability is that it is based neither on any conduct by the defendant nor even on breach of his or her own duty. Furthermore, to the extent that the concern about fault is linked to deterrence, the deterrent effect of tort law is already present due to the tort action of the property owner. Sixth, CN's suggestion that a new bright line be erected excluding all co-contractors of CN does not appear to be a significantly better solution than the traditional rule.

The crucial problem with the various formulations of the proximity test examined so far is that they look at the problem strictly from the perspective of the defendant. Given the eminently pragmatic and policy basis of decisions about liability in this area, the situation of both the defendant and the plaintiff must be examined in cases of this kind. In particular, the plaintiff's ability to foresee and provide for the particular damage in question is a key factor in the proximity analysis.

It is legitimate to consider which party is the better loss bearer in this type of case for three reasons: policy concerns with respect to deterrence and cost internalisation are generally at least substantially met by the tortfeasor's primary liability to the property owner; the approach merely articulates another policy lying behind a well-established rule; in this field the crucial problem remains that of limiting liability and a significantly higher threshold for recovery is entirely justified.

Analysis of loss bearing ability involves asking which party is in a better position to predict the frequency and severity of CN's economic loss when bridges are damaged, and to plan accordingly. CN was undoubtedly in a better position to bear the loss in this case than was Norsk. First, in light of the significant information available regarding bridge failure and CN's long use of the bridge, CN was probably at least equally competent in terms of estimating the potential risks of bridge failure. Second, CN was clearly in a better position than

l'étendue de la responsabilité. Elle exprime un résultat plutôt qu'un principe. Cinquièmement, la responsabilité dans ce domaine ne devrait pas s'établir en fonction de la perception qu'a le tribunal de l'étendue de la faute morale du défendeur. Dans ce genre d'affaires, la responsabilité résulte très souvent du fait d'autrui. La responsabilité du fait d'autrui est caractérisée par le fait qu'elle ne se fonde ni sur la conduite du défendeur ni même sur le manquement par celui-ci à sa propre obligation. En outre, dans la mesure où cette préoccupation de la faute est liée à la dissuasion, l'effet dissuasif du droit en matière de responsabilité délictuelle se fait déjà sentir en raison de l'action délictuelle intentée par le propriétaire du bien. Sixièmement, la proposition par le CN de tracer une nouvelle ligne de démarcation très nette qui exclurait tous les cocontractants du CN ne semble pas constituer une solution sensiblement meilleure que la règle traditionnelle.

Le problème crucial que posent les diverses formulations du critère du lien étroit examinées jusqu'ici réside dans le fait qu'elles abordent la question strictement du point de vue du défendeur. Compte tenu du fondement éminemment pragmatique des décisions sur la responsabilité dans ce domaine, il faut examiner la situation du défendeur et du demandeur dans ce genre de cas. En particulier, la capacité du demandeur de prévoir le dommage particulier et d'y parer est un facteur clé dans l'analyse du lien étroit.

Il est légitime de se demander quelle partie est la mieux en mesure d'assumer la perte dans ce genre d'affaire, et ce, pour trois raisons: les préoccupations de principe relatives à la dissuasion et au désir de faire supporter le coût des accidents par ceux qui profitent des activités qui les provoquent sont généralement tout au moins dissipées en grande partie par la responsabilité primaire de l'auteur du délit envers le propriétaire du bien; cette méthode ne fait qu'énoncer un autre principe qui sous-tend une règle bien établie; dans ce domaine, le problème crucial demeure la limitation de la responsabilité et un seuil d'indemnisation beaucoup plus élevé est entièrement justifié.

Dans l'analyse de la capacité d'assumer la perte, il faut notamment se demander quelle partie est la mieux en mesure de prévoir la fréquence et la gravité de la perte économique du CN en cas de dommages causés à des ponts, et de planifier en conséquence. Il n'y a pas de doute que le CN était mieux en mesure que Norsk d'assumer la perte. Premièrement, compte tenu de l'abondance des renseignements disponibles quant au risque d'interruption de la circulation sur le pont et de la longue utilisation du pont par le CN, il est probable que ce

Norsk to estimate the potential costs of bridge failure to CN's operations. Third, CN was better placed to protect itself from the consequences of those losses through first party commercial insurance or self-insurance, or through contract with both the bridge owner and with CN's customers. Even if recovery were allowed in this case, parties such as CN will still need to protect themselves. The critical effect of allowing recovery is that it would also require defendants in Norsk's position to insure for potential contractual relational economic loss.

To justify recovery in cases of this nature, the plaintiff would, at the very least, have to effectively respond not only to the concern about indeterminacy but also show that no adequate alternative means of protection were available. Other concerns may also need to be met. The question of whether recovery should be allowed in the residual cases in which these two barriers are overcome does not require an answer in the context of this case. The exclusionary rule is not in itself attractive. The rule only becomes defensible when it is realized that full recovery is impossible, that recovery is in fact going to be refused to the vast majority of such claims regardless of the rule we adopt, and when the exclusionary rule is compared to the alternatives. It should not be disturbed on the facts of this case.

Cases Cited

By McLachlin J.

Applied: *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; **considered:** *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; **not followed:** *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; **referred to:** *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27; *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] Q.B. 350; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Junior Books*

dernier était au moins aussi qualifié que Norsk pour évaluer ce risque. Deuxièmement, il est évident que le CN était mieux en mesure que Norsk d'évaluer les coûts éventuels, sur le plan de ses opérations, de l'impossibilité d'utiliser le pont. Troisièmement, le CN était mieux en mesure de se prémunir contre les conséquences de ces pertes en souscrivant une assurance commerciale de première partie ou en s'assurant lui-même, ou encore en passant un contrat avec le propriétaire du pont et les clients du CN. Même si l'indemnisation était permise en l'espèce, il serait encore nécessaire que des parties comme le CN se protègent elles-mêmes. Permettre l'indemnisation aurait pour effet crucial d'obliger également les défendeurs, dans la situation de Norsk, à s'assurer contre le risque de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Pour justifier l'indemnisation en pareils cas, le demandeur devrait non seulement, tout au moins, tenir compte effectivement de la préoccupation exprimée au sujet de l'indétermination, mais aussi démontrer qu'il ne disposait d'aucun autre moyen de protection adéquat. Il peut également se révéler nécessaire de tenir compte d'autres préoccupations. Il n'est pas nécessaire, dans le contexte de la présente affaire, de savoir s'il y a lieu de permettre l'indemnisation dans les cas où ces deux obstacles sont surmontés. La règle d'exclusion n'est pas attrayante en soi. Cette règle ne devient défendable que lorsqu'on réalise que l'indemnisation intégrale est impossible, que l'indemnisation va effectivement être refusée en ce qui concerne la grande majorité de ces réclamations, peu importe la règle que nous adoptons, et que la règle d'exclusion est mise en parallèle avec les autres solutions possibles. Il convient de ne pas y toucher dans le contexte de la présente affaire.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts appliqués: *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; **arrêts examinés:** *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227; **arrêt non suivi:** *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; **arrêts mentionnés:** *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Spartan Steel & Alloys Ltd. c. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27; *Leigh and Sullivan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] Q.B. 350; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964]

Ltd. v. Veitchi Co., [1983] 1 A.C. 520; *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Domar Ocean Transportation, Ltd. v. M/V Andrew Martin*, 754 F.2d 616 (1985); *Amoco Transport Co. v. S/S Mason Lykes*, 768 F.2d 659 (1985); *Union Oil Co. v. Oppen*, 501 F.2d 558 (1974); *East River Steamship Corp. v. Delaval Turbine, Inc.*, 752 F.2d 903 (1985), aff'd 476 U.S. 858 (1986); *Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777 (Marcailloux v. R.A.T.V.M.)*; *Joly v. Ferme Ré-Mi Inc.*, [1974] C.A. 523; *Regent Taxi v. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes*, [1929] S.C.R. 650; *Hôpital Notre-Dame v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 717; *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1.

By Stevenson J.

Approved: *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; **not followed:** *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; **referred to:** *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Simpson & Co. v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243; *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340; *Candler v. Crane, Christmas & Co.*,

A.C. 465; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Domar Ocean Transportation, Ltd. c. M/V Andrew Martin*, 754 F.2d 616 (1985); *Amoco Transport Co. c. S/S Mason Lykes*, 768 F.2d 659 (1985); *Union Oil Co. c. Oppen*, 501 F.2d 558 (1974); *East River Steamship Corp. c. Delaval Turbine, Inc.*, 752 F.2d 903 (1985), conf. par 476 U.S. 858 (1986); *Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777 (Marcailloux c. R.A.T.V.M.)*; *Joly c. Ferme Ré-Mi Inc.*, [1974] C.A. 523; *Regent Taxi c. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes*, [1929] R.C.S. 650; *Hôpital Notre-Dame c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605; *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 717; *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; *Star Village Tavern c. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1.

Citée par le juge Stevenson

Arrêts approuvés: *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227; *Ross c. Caunters*, [1980] Ch. 297; **arrêts non suivis:** *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1; *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520; **arrêts mentionnés:** *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Simpson & Co. c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Société anonyme de remorquage à hélice c. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243; *Weller & Co. c. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *San Sebastian Pty. Ltd. c. Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340; *Candler*

[1951] 2 K.B. 164; *Clarke v. Bruce Lance & Co.*, [1988] 1 All E.R. 364; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466.

By La Forest J. (dissenting)

Gypsum Carrier Inc. v. The Queen, [1978] 1 F.C. 147; *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464; *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337; *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* (1972), 26 D.L.R. (3d) 559, rev'd [1974] S.C.R. 1189; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *State of Louisiana v. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (1985); *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1; *Simpson & Co. v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227; *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303 (1927); *Abramovic v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 69 O.R. (2d) 487; *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Elliott Steam Tug Co. v. Shipping Controller*, [1922] 1 K.B. 127; *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (1916); *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388; Cass. civ. 2^e, June 25, 1975, Bull. II no. 195, eventually returned to that court, Cass. civ. 2^e, February 21, 1979, Bougues-Montès, J.C.P. 1979, IV, 145; Cour d'appel de Colmar (Ch. détachée à Metz), April 20, 1955, D.1956.723 (*Football Club de Metz v. Wiroth*); Cass. civ. 2^e, November 14, 1958, G.P. 1959.1.31 (*Demeyer v. Camerlo*); Trib. gr. inst. Nanterre, October 22, 1975, G.P. 1976.1.392 (*Brunet v. Rico et Caisse mutuelle d'assurance et de prévoyance*); Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777 (*Marcailloux v. R.A.T.V.M.*); *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570; *J. E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275; *Baumwoll Manufactur von Carl Scheibler v. Furness*, [1893] A.C. 8; *The "Father Thames"*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 364;

c. Crane, Christmas & Co., [1951] 2 K.B. 164; *Clarke c. Bruce Lance & Co.*, [1988] 1 All E.R. 364; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466.

a Citée par le juge La Forest (dissentant)

Gypsum Carrier Inc. c. La Reine, [1978] 1 C.F. 147; *Bethlehem Steel Corp. c. Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464; *Star Village Tavern c. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439; *Weller & Co. c. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569; *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. c. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337; *Spartan Steel & Alloys Ltd. c. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* (1972), 26 D.L.R. (3d) 559, inf. [1974] R.C.S. 1189; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *State of Louisiana c. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (1985); *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453; *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1; *Simpson & Co. c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279; *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227; *Robins Dry Dock & Repair Co. c. Flint*, 275 U.S. 303 (1927); *Abramovic c. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 69 O.R. (2d) 487; *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785; *Société anonyme de remorquage à hélice c. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Elliott Steam Tug Co. c. Shipping Controller*, [1922] 1 K.B. 127; *MacPherson c. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (1916); *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388; Cass. civ. 2^e, 25 juin 1975, Bull. II n° 195, finalement retourné devant cette cour, Cass. civ. 2^e, 21 février 1979, Bougues-Montès, J.C.P. 1979, IV, 145; Cour d'appel de Colmar (Ch. détachée à Metz), 20 avril 1955, D.1956.723 (*Football Club de Metz c. Wiroth*); Cass. civ. 2^e, 14 novembre 1958, G.P. 1959.1.31 (*Demeyer c. Camerlo*); Trib. gr. inst. Nanterre, 22 octobre 1975, G.P. 1976.1.392 (*Brunet c. Rico et Caisse mutuelle d'assurance et de prévoyance*); Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777 (*Marcailloux c. R.A.T.V.M.*); *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570; *J. E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275; *Baumwoll Manufactur von Carl Scheibler c. Furness*, [1893] A.C. 8; *The «Father Thames»*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 364; *Konstantinidis c.*

Konstantinidis v. World Tankers Corp. (The World Harmony), [1967] P. 341; *Venore Transportation Co. v. M/V Struma*, 583 F.2d 708 (1978); *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935); *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164; *Smith v. Bush*, [1990] 1 A.C. 831; *Lamb v. Camden London Borough Council*, [1981] Q.B. 625; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827.

World Tankers Corp. (The World Harmony), [1967] P. 341; *Venore Transportation Co. c. M/V Struma*, 583 F.2d 708 (1978); *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Aktieselskabet Cuzco c. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935); *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164; *Smith c. Bush*, [1990] 1 A.C. 831; *Lamb c. Camden London Borough Council*, [1981] Q.B. 625; *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, art. 1053.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1053.

Authors Cited

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.

Atiyah, P. S. "Negligence and Economic Loss" (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248.

Atiyah, P. S. "Note: Economic Loss in the United States" (1985), 5 *Oxf. J. Legal Studies* 485.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

Bishop, W. "Economic Loss in Tort" (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1.

Chambers, Robert S. "Economic Loss". In P. D. Finn, *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.

Durry, Georges. "Obligations et contrats spéciaux" (1976), 74 *Rev. trim. dr. civ.* 132.

Durry, Georges. "Obligations et contrats spéciaux" (1979), 77 *Rev. trim. dr. civ.* 610.

Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: the Recovery of Pure Economic Loss*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.

Herbots, J. "Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé", [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7.

Irvine, John. "Case Comment: Kamloops v. Nielsen" (1984), 29 *C.C.L.T.* 185.

James, Fleming. "Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal" (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 105.

Doctrine citée

American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 4. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1979.

Atiyah, P. S. «Negligence and Economic Loss» (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248.

Atiyah, P. S. «Note: Economic Loss in the United States» (1985), 5 *Oxf. J. Legal Studies* 485.

Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd. Cowansville: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.

Bishop, W. «Economic Loss in Tort» (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1.

Chambers, Robert S. «Economic Loss». In P. D. Finn, *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.

Durry, Georges. «Obligations et contrats spéciaux» (1976), 74 *Rev. trim. dr. civ.* 132.

Durry, Georges. «Obligations et contrats spéciaux» (1979), 77 *Rev. trim. dr. civ.* 610.

Feldthusen, Bruce. «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.

Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence: the Recovery of Pure Economic Loss*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 7th ed. Sydney: Law Book Co., 1987.

Herbots, J. «Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé», [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7.

Irvine, John. «Case Comment: Kamloops v. Nielsen» (1984), 29 *C.C.L.T.* 185.

James, Fleming. «Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal» (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 105.

- Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
- Limpens, Jean, Robert M. Kruithof and Anne Meinertzhagen-Limpens. "Liability for One's Own Act". In André Tunc, Chief Editor, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1971-1981.
- Markesinis, Basil S. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Markesinis, Basil S. "La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative", [1983] *Rev. int. dr. comp.* 31.
- McHugh, M. H. "Neighbourhood, Proximity and Reliance". In P. D. Finn, *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.
- Scrutton, Sir Thomas Edward. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19th ed. By Sir Alan Abraham Mocatta, Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Smillie, J. A. "Negligence and Economic Loss" (1982), 32 *U.T.L.J.* 231.
- Smith, J. C. *Liability in Negligence*. Toronto: Carswell, 1984.
- Stapleton, Jane. "Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249.
- Starck, Boris. *Droit civil: Obligations: I. Responsabilité délictuelle*, 3^e éd. Par H. Roland et L. Boyer, dir. Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1988.
- Tetley, William. "Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates" (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539.
- Viney, Geneviève. "Les obligations: La responsabilité: conditions". Dans Jacques Ghestin, *Traité de droit civil*. Paris: L.G.D.J., 1982.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Winfield, Percy Henry, Sir. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 13th ed. By W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Zweigert, Konrad and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law, Volume I — The Framework*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Jutras, Daniel. «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
- Limpens, Jean, Robert M. Kruithof and Anne Meinertzhagen-Limpens. «Liability for One's Own Act». In André Tunc, Chief Editor, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*. London: Martinus Nijhoff Publishers, 1971-1981.
- Markesinis, Basil S. *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Markesinis, Basil S. «La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative», [1983] *Rev. int. dr. comp.* 31.
- McHugh, M. H. «Neighbourhood, Proximity and Reliance». In P. D. Finn, *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.
- Scrutton, Sir Thomas Edward. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19th ed. By Sir Alan Abraham Mocatta, Sir Michael J. Mustill and Stewart C. Boyd. London: Sweet & Maxwell, 1984.
- Smillie, J. A. «Negligence and Economic Loss» (1982), 32 *U.T.L.J.* 231.
- Smith, J. C. *Liability in Negligence*. Toronto: Carswell, 1984.
- Stapleton, Jane. «Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249.
- Starck, Boris. *Droit civil: Obligations: I. Responsabilité délictuelle*, 3^e éd. Par H. Roland et L. Boyer, dir. Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1988.
- Tetley, William. «Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates» (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539.
- Viney, Geneviève. «Les obligations: La responsabilité: conditions». Dans Jacques Ghestin, *Traité de droit civil*. Paris: L.G.D.J., 1982.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1991.
- Winfield, Percy Henry, Sir. *Winfield and Jolowicz on Tort*, 13th ed. By W. V. H. Rogers. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- Zweigert, Konrad and Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law, Volume I — The Framework*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 114, 104 N.R. 321, 65 D.L.R. (4th) 321, 3 C.C.L.T. (2d) 229, affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division (1989), 26 F.T.R. 81, 49 C.C.L.T. 1, allowing respondent's action in damages. Appeal

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 114, 104 N.R. 321, 65 D.L.R. (4th) 321, 3 C.C.L.T. (2d) 229, qui a confirmé une décision de la Cour fédérale, Section de première instance (1989), 26 F.T.R. 81, 49 C.C.L.T. 1, qui avait accueilli l'action en dom-

dismissed, *La Forest*, Sopinka and Iacobucci JJ. dissenting.

P. D. Lowry and *M. A. Clemens*, for the appellants. ^a

David McEwen, for the respondent.

The reasons of *La Forest*, Sopinka and Iacobucci JJ. were delivered by ^b

LA FOREST J. (dissenting)—This case concerns recovery in tort for economic loss. Though some of the arguments are framed as if the case turned on the broad question whether such damages are generally recoverable, the specific issue is much narrower. It is whether a person (A) who contracts for the use of property belonging to another (B) can sue a person who damages that property for losses resulting from A's inability to use the property during the period of repair. (I call this "contractual relational economic loss", a convenient if somewhat barbarous phrase.) ^c

The issue arises in a context where a barge collided with a bridge while being pulled by the defendants' tug, thereby preventing the plaintiff (CN) from making use of it. Ordinarily, a person whose operations are disrupted by damage to a bridge belonging to another cannot at common law pursue the person who caused the damage. But the plaintiff claims that it may do so by reason of its particular relationship with the owner of the bridge and with the tortfeasor. As in the case of three other railways, it has a contractual right to use the bridge for railway purposes, but the plaintiff relies on additional facts to establish its special relationship. It is by far the major user of the bridge, which is a central link in its operations, so much so that many of those who operated on the river, including the master of the defendants' tug, thought it belonged to the plaintiff. As well, CN's contract requires it to repair and maintain the ^d

mages-intérêts de l'intimée. Pourvoi rejeté, les juges *La Forest*, Sopinka et Iacobucci sont dissidents.

P. D. Lowry et *M. A. Clemens*, pour les appelants.

David McEwen, pour l'intimée.

Version française des motifs des juges *La Forest*, Sopinka et Iacobucci rendus par ^e

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Le présent pourvoi porte sur l'indemnisation d'une perte économique en matière délictuelle. Bien que certains des arguments soient formulés comme si l'affaire dépendait de la question générale de savoir si de tels dommages peuvent généralement donner lieu à indemnisation, le problème précis est beaucoup plus restreint. Il s'agit de savoir si la personne (A) qui passe un contrat pour l'utilisation d'un bien appartenant à une autre personne (B) peut poursuivre la personne qui endommage ce bien pour les pertes découlant de l'incapacité de A d'utiliser le bien pendant qu'il est en réparation. (Je qualifie cela de «perte économique relationnelle découlant d'un contrat», une expression commode quoique quelque peu barbare.) ^f

Le problème se pose dans le contexte suivant: un chaland a heurté un pont alors qu'il était tiré par le remorqueur des défenderesses *Norsk Pacific Steamship Co.* et *Norsk Pacific Marine Services Ltd.*, appelantes en l'espèce («*Norsk*»), ce qui a empêché la demanderesse, intimée en l'espèce («*CN*»), d'utiliser ce pont. Habituellement, la personne dont les opérations sont interrompues à cause d'un dommage causé à un pont appartenant à autrui ne peut pas, en common law, poursuivre la personne qui a causé le dommage. Mais la demanderesse prétend qu'elle peut le faire en raison de son rapport particulier avec le propriétaire du pont et l'auteur du délit. Comme dans le cas de trois autres compagnies ferroviaires, elle a le droit, en vertu d'un contrat, d'utiliser le pont pour le transport par chemin de fer, mais la demanderesse s'appuie également sur d'autres faits pour prouver l'existence de ce rapport spécial. C'est de loin le ^g

bridge when necessary at the request of the owner; CN also owns land close to the bridge.

The courts below and my colleagues, Justices McLachlin and Stevenson, are all of the view that CN's claim should be upheld. But this unanimity is more apparent than real, for they do so for different reasons and, indeed, there is significant disagreement on the determining issues. I take the opposite view. For sound policy reasons, the courts have established a clear rule (the "bright line" rule) that persons cannot sue a tortfeasor for suffering losses to their contractual rights with the owner of property by reason of damages caused to that property by the tortfeasor. That rule, I have no doubt, may be subject to exceptions for clear and overriding policy reasons, but as I will indicate, I have been unable to determine any reason for excluding CN from the general rule in the present case.

This, in broad outline, is what this case is about. It is necessary, however, to set forth the facts in some detail.

Facts

The Accident

The New Westminster Railway Bridge, which spans the Fraser River between Surrey and New Westminster, was built in 1904. It carries a single railway track. Its sole purpose is to service railway traffic, both passenger and freight, but it incorporates a swing span to permit marine traffic to navigate the waterway.

principal usager du pont qui constitue un lien essentiel dans ses opérations, à tel point qu'un grand nombre de ceux qui naviguaient sur le fleuve, y compris le capitaine du remorqueur des défenderesses, croyaient que le pont appartenait à la demanderesse. En outre, le contrat du CN prévoyait que celui-ci répare et entretient le pont lorsque c'est nécessaire et que le propriétaire lui demande de le faire. Le CN possède également des terrains à proximité du pont.

Les tribunaux d'instance inférieure et mes collègues les juges McLachlin et Stevenson sont tous d'avis que la réclamation du CN devrait être maintenue. Mais cette unanimité est plus apparente que réelle car ils invoquent des raisons différentes et, en fait, ils sont grandement en désaccord sur les questions déterminantes. J'adopte l'opinion contraire. Pour de bonnes raisons de principe, les tribunaux ont établi une règle claire (la règle de la «démarcation très nette») selon laquelle des personnes ne peuvent poursuivre l'auteur d'un délit pour la perte de leurs droits conférés par un contrat conclu avec le propriétaire d'un bien, qu'elles ont subie en raison des dommages causés à ce bien par l'auteur du délit. Cette règle, je n'en doute pas, peut faire l'objet d'exceptions pour des raisons de principe claires et primordiales, mais, comme je l'indiquerai plus loin, je n'ai pu trouver aucune raison de soustraire le CN à l'application de cette règle générale en l'espèce.

Voilà, dans les grandes lignes, ce sur quoi porte la présente affaire. Il faut toutefois exposer les faits plus en détail.

Les faits

L'accident

Le pont ferroviaire de New Westminster, qui enjambe le fleuve Fraser entre Surrey et New Westminster, a été construit en 1904. Il comporte une voie ferrée simple. Il sert uniquement au trafic ferroviaire, c'est-à-dire au passage de trains de passagers et de marchandises, mais il comprend une travée tournante qui permet au trafic maritime d'utiliser la voie navigable.

On November 28, 1987, the barge *Crown Forest No. 4*, while being towed downstream by the tug *Jervis Crown* in heavy fog, collided with the bridge. The *Jervis Crown* was owned and operated by the Norsk Pacific Steamship Co. and the Norsk Pacific Marine Services Ltd., both hereafter referred to as Norsk. The accident caused extensive damage to the bridge and it was closed for several weeks while repairs were made. The appellants admitted liability for negligence as to the collision itself.

While the bridge was closed, the four railway companies that used the bridge had to reroute traffic over another bridge further upstream. Freight was either delayed or not transported at all. The use of the waterway was also interfered with, and cargo was delayed or transported by land.

This accident gave rise to a number of legal actions which were consolidated in the judgment of Addy J. The Department of Public Works ("PWC"), representing The Queen in right of Canada, claimed damages as owner of the bridge against both Norsk and the owners of the barge *Crown Forest No. 4* and the tug *Westminster Chinook* (another tug which was helping the *Jervis Crown* at the time of the accident). Only the action against Norsk succeeded. Norsk was held liable to PWC for all damages resulting from the collision. This decision was not appealed.

In addition to the action by the owner, three of the four railway companies claimed for economic loss against Norsk and the other defendants. The smallest railway user, Canadian Pacific Ltd. ("CP"), did not participate in the litigation. Before trial there was an agreement that the entitlement of the other two railways, the Burlington Northern Railway and the B.C. Hydro and Power Authority Railway, to recover for pure economic loss would stand or fall on the result of the CN claim. It was therefore only the CN claim that was directly in issue. The trial judge allowed CN's claim against Norsk and dismissed its claim against the other

Le 28 novembre 1987, le chaland *Crown Forest No. 4*, que le remorqueur *Jervis Crown* tirait dans un épais brouillard, a heurté le pont. Le *Jervis Crown* appartenait à Norsk Pacific Steamship Co. et à Norsk Pacific Marine Services Ltd. et était exploité par ces deux compagnies. L'accident a causé des dommages importants au pont qui a été fermé durant plusieurs semaines pour fins de réparations. Les appelants ont reconnu leur responsabilité pour négligence relativement à la collision elle-même.

Durant la fermeture du pont, les quatre compagnies ferroviaires qui l'utilisaient ont dû dérouter leur trafic vers un autre pont situé plus en amont. Le transport des marchandises a accusé un retard ou ne s'est pas fait du tout. Cela a également eu des répercussions sur l'utilisation de la voie navigable et le transport des marchandises a été retardé ou s'est fait par route.

Cet accident a donné naissance à un certain nombre de poursuites judiciaires qui ont été réunies dans le jugement rendu par le juge Addy. Le ministère des Travaux publics («TPC»), représentant la Reine du chef du Canada, a intenté une action en dommages-intérêts, à titre de propriétaire du pont, contre Norsk et les propriétaires du chaland *Crown Forest No. 4* et du remorqueur *Westminster Chinook* (un autre remorqueur qui aidait le *Jervis Crown* au moment de l'accident). Seule l'action intentée contre Norsk a réussi. Norsk a été tenue responsable envers TPC de tous les préjudices que la collision a causés à TPC. Cette décision n'a pas été portée en appel.

En plus de l'action intentée par le propriétaire, trois des quatre compagnies ferroviaires ont présenté une réclamation pour perte économique contre Norsk et les autres défendeurs. Le plus petit usager du réseau ferroviaire, Canadien Pacifique Ltée («CP»), n'a pas participé au litige. Avant le procès, il a été convenu que le droit des deux autres compagnies ferroviaires, Burlington Northern Railway et B.C. Hydro and Power Authority Railway, d'être indemnisées d'une perte purement économique suivrait le sort de la réclamation du CN. Seule la réclamation du CN était donc directement en cause. Le juge de première instance a fait

defendants. Norsk's appeal was denied in the Court of Appeal. Leave to appeal to this Court was granted to Norsk on November 15, 1990.

Much of the written and oral argument before us was directed to the nature of the relationships between the plaintiff and the property owner on the one hand, and between the plaintiff and the tortfeasor on the other. I have therefore set forth the facts of these relationships in some detail. I also consider two other relationships to be of interest: that between the tortfeasor and the property owner, and that between the plaintiff and other potential plaintiffs or victims of the accident. The latter relationship will be examined in the course of my analysis.

The Relationship Between the Plaintiff and the Bridge Owner

The bridge and the tracks on and adjacent to the bridge are entirely owned by PWC. Four railways were, by contract with PWC, licensed to use the bridge. The tracks owned by PWC connect with tracks owned by three of the railways on the north and south sides of the river. Of the four railways CN was the principal user, accounting for 85 to 86 per cent of the railway cars using the bridge in 1987. On average it sent 32 trains with 1530 cars a day across the bridge.

CN has used the bridge continuously since 1915. It constitutes an integral part of the railway's main line and is in effect the connecting link between the Vancouver terminus and the main line. It is the sole direct link between the CN tracks on the north and south shores of the main arm of the Fraser River. CN owns land and rail track close to the bridge. However, paragraph 13 of its licence to use the bridge clearly retains Canada's full property rights to the bridge. Despite the existence of CN's property on either side of the bridge, Canada has the right to terminate the licence agreement on

droit à la réclamation du CN contre Norsk et a rejeté sa réclamation contre les autres défendeurs. L'appel de Norsk a été rejeté par la Cour d'appel. Norsk a reçu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour le 15 novembre 1990.

Une grande partie des plaidoiries écrites et orales présentées devant nous portaient sur la nature des rapports entre la demanderesse et le propriétaire du bien, d'une part, et entre la demanderesse et l'auteur du délit, d'autre part. J'expose donc assez en détail les faits relatifs à ces rapports. Je considère également que deux autres rapports présentent un certain intérêt: celui qui existe entre l'auteur du délit et le propriétaire du bien et celui qui existe entre la demanderesse et les autres demandeurs ou victimes possibles de l'accident. Ce dernier rapport sera examiné au cours de mon analyse.

Le rapport entre la demanderesse et le propriétaire du pont

Le pont ainsi que les rails qui le traversent et qui lui sont adjacents appartiennent entièrement à TPC. Quatre compagnies ferroviaires étaient, en vertu d'un contrat conclu avec TPC, autorisées à utiliser le pont. Les rails qui appartiennent à TPC sont reliés à des rails appartenant à trois des compagnies ferroviaires et situés sur les rives nord et sud du fleuve. Des quatre compagnies ferroviaires, le CN était le principal usager du pont: ses wagons de chemin de fer comptaient pour 85 à 86 pour 100 de ceux qui ont emprunté le pont en 1987. Il faisait traverser sur ce pont, en moyenne par jour, 32 convois totalisant 1 530 wagons.

Le CN utilise le pont de façon continue depuis 1915. Ce pont fait partie intégrante de la voie principale de la compagnie ferroviaire et relie, en fait, le terminus de Vancouver à la voie principale. C'est le seul lien direct entre les rails du CN situés sur la rive nord et ceux situés sur la rive sud du bras principal du fleuve Fraser. Le CN est propriétaire des terrains et des rails près du pont. Toutefois, le paragraphe 13 de la licence qui lui permet d'utiliser le pont confirme clairement les droits de propriété exclusive du Canada à l'égard du pont. Malgré l'existence des biens du CN situés des

three years' notice. Paragraph 22 explicitly rejects the idea that the agreement gives any leasehold estate or interest in land to CN. The unit rate charged to the railways for each crossing is set by Canada based upon the principle of "total recovery to Canada of all the costs of operating and maintaining the Bridge".

The licence agreements with the four railways are identical except that CN's agreement has an extra clause, paragraph 10, which reads as follows:

10. The Railway agrees that it will:

(a) in the case of emergency, (as determined by Canada), and upon request of Canada, proceed to make such repairs, changes, or alterations to the Bridge, or maintenance thereof, including without limiting the generality of the foregoing, the approaches thereto, the wooden trestles, steel superstructures, (including the swing span) thereof and the signal system thereof, (including the interlocking plant thereof), as are absolutely necessary, in the opinion of Canada, for the safe and proper operation of the Bridge, (including all approaches thereto), and that Canada shall reimburse the Railway the reasonable cost of making such repairs, changes, alterations, or maintenance in accordance with accounts rendered therefor from time to time to Canada by the Railway; PROVIDED HOWEVER, that no such repairs, changes, alterations or maintenance shall be made or carried out until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the repairs, changes, alterations or maintenance required to be done, the details of the work to be performed in relation thereto, and the basis of payment therefor; and

(b) upon the written request of Canada from time to time, provide to Canada consulting services or inspections related to the planning, design and construction of the Bridge; PROVIDED HOWEVER that no such services or inspections shall be performed or made until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the services or inspections to be performed, the details thereof and the basis of payment therefor; and

deux côtés du pont, le Canada a le droit de mettre fin au contrat de licence moyennant un préavis de trois ans. Le paragraphe 22 rejette expressément l'idée que le contrat accorde au CN un droit de tenure à bail sur le terrain. C'est le Canada qui établit le tarif unitaire imposé aux compagnies ferroviaires pour chaque traversée, en se fondant sur le principe du [TRADUCTION] «remboursement total au Canada de tous les frais d'exploitation et d'entretien du pont».

Les contrats de licence conclus avec les quatre compagnies ferroviaires sont identiques, sauf que le contrat du CN contient une clause supplémentaire, le paragraphe 10, qui est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] 10. La compagnie ferroviaire convient:

a) que, dans les cas d'urgence (qui seront déterminés par le Canada) et à la demande du Canada, elle effectuera les réparations, modifications, transformations ou travaux d'entretien du pont, y compris, sans limiter la généralité de ce qui précède, les approches, les chevalets de bois, les superstructures d'acier (y compris la travée tournante) et le système de signalisation (y compris le mécanisme d'enclenchement), qui sont absolument nécessaires, de l'avis du Canada, pour l'exploitation sécuritaire et appropriée du pont (y compris toutes ses approches), et que le Canada remboursera à la compagnie ferroviaire les frais raisonnables de réparation, de modification, de transformation ou d'entretien en conformité avec les comptes présentés à l'occasion au Canada par la compagnie ferroviaire; À CONDITION TOUTEFOIS que ces réparations, modifications, transformations ou travaux d'entretien ne soient pas effectués avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature des réparations, des modifications, des transformations ou de l'entretien requis, le détail des travaux à exécuter à cet égard et la base de calcul de leur paiement; et

b) qu'à la demande écrite du Canada, elle fournira à celui-ci des services de consultation ou d'inspection relativement à la planification, à la conception et à la construction du pont; À CONDITION TOUTEFOIS que ces services de consultation ou d'inspection ne soient pas fournis avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature de ces services ou inspections, le détail de ceux-ci et la base de calcul de leur paiement; et

(c) upon the written request of Canada from time to time, perform such maintenance and repairs to the signal system and interlocking plant of the Bridge as are requested; PROVIDED HOWEVER that no such maintenance or repairs shall be made or carried out until Canada approves a Memorandum of Understanding to this agreement, setting out the nature of the maintenance and repairs required to be done, the details of the work to be performed in relation thereto, and the basis of payment therefor. [Emphasis added.]

CN thus agreed to provide PWC, on a contractual basis, with such services as repairs and maintenance, consulting and inspections as the latter might request. Under the contract, PWC both authorizes all such services in advance and pays for them as needed.

CN also provides some services voluntarily. Consulting services are provided to PWC without charge by a full-time engineer employed by CN. The engineer's sole duties involve responding to problems at this bridge and two other railway bridges belonging to CN in the vicinity. CN periodically arranges without charge for a complete inspection of the girders, stringers and other metal portions of the bridge. The "Sperry" car used to inspect its own rails on either side of the bridge also inspects the bridge rails as it crosses the bridge. At times, CN provides materials for the bridge. Thus, following the collision, it supplied PWC without charge with a large girder to assist the jacking up of the swing span, thereby saving several days of bridge closure. When the bridge is closed for routine maintenance, the timing and duration are negotiated and arranged between CN and PWC.

The commercial marine traffic transiting the Fraser River through the swing span is substantial, and throughout its history the bridge has on a number of occasions been damaged by ships colliding with it. Apart from the cost of repairing structural damage, the bridge closures resulting from such damage and repairs have caused inconvenience and losses to railway companies, river users and

c) qu'à la demande écrite du Canada, elle effectuera les travaux d'entretien et de réparation requis du système de signalisation et du mécanisme d'enclenchement du pont; À CONDITION TOUTEFOIS que ces réparations ou travaux d'entretien ne soient pas effectués avant que le Canada n'approuve un protocole d'entente exposant la nature des réparations et de l'entretien requis, le détail des travaux à exécuter à cet égard et la base de calcul de leur paiement. [Je souligne.]

Le CN a donc convenu de fournir à TPC, sur une base contractuelle, les services de réparation et d'entretien, de consultation et d'inspection que TPC pourrait requérir. Aux termes du contrat, TPC autorise tous ces services à l'avance et les paie lorsqu'il en a besoin.

Le CN fournit également certains services spontanément. Des services de consultation sont fournis sans frais à TPC par un ingénieur à plein temps du CN. Les tâches de l'ingénieur consistent exclusivement à résoudre les problèmes qui surviennent à ce pont et à deux autres ponts ferroviaires avoisinants qui appartiennent au CN. Le CN assure périodiquement sans frais une inspection complète des poutres maîtresses, des longrines et autres parties métalliques du pont. Le wagon «Sperry» que le CN utilise pour l'inspection de ses propres rails situés de chaque côté du pont sert également à l'inspection des rails du pont lorsqu'il le traverse. Le CN fournit parfois des matériaux pour le pont. C'est ainsi qu'après la collision il a fourni gratuitement à TPC une grosse poutre pour remonter la travée tournante, ce qui a permis d'éviter la fermeture du pont pendant plusieurs jours. Lorsque le pont est fermé pour l'entretien habituel, l'heure et la durée de la fermeture sont négociées et convenues entre le CN et TPC.

Le trafic maritime commercial qui se fait sur le fleuve Fraser par la travée tournante est important et, depuis qu'il existe, le pont a été endommagé à maintes reprises par des navires qui sont entrés en collision avec lui. À l'exception des frais de réparation des dommages causés à sa structure, les fermetures du pont découlant de ces dommages et réparations ont causé des contretemps et des pertes

industries relying on it. PWC has maintained a record of such incidents since 1950.

The risk of collisions and their minimization has been the subject of considerable study. In particular the following reports have been made:

- (a) Report on the Vulnerability of Bridges in Canadian Waters by the Canadian Coast Guard
- (b) Report on the Fraser River Railway Bridge, a Current Review by the Fraser River Bridge Working Committee of the Western Transportation Advisory Council (WESTAC) - 1977
- (c) Report on Ship Collision Risk Analysis for the New Westminster Railway Bridge at New Westminster, B.C. Phase 1 and Phase 2 by Crippen Consultants for PWC - 1984
- (d) Report on the feasibility study of guide structures for hazard reduction by the Marine Directorate of PWC - 1986.

The second of these studies forms part of the record. The study was prompted by an accident in 1975 in which a log barge was ripped from its mooring by a severe storm and blown into the bridge, causing it to be closed for over four months. The study, in which CN actively participated, was carried out by a working group composed of representatives of all parties interested in the bridge. The Committee examined a wide range of problems and concluded that the only problems of significance were the relatively high risk encountered by deep-sea vessels navigating under the bridge and the very high levels of damage that could ensue from a collision with the bridge supports and structure. *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147, involved yet another ship collision accident in which the same railways as in this case made essentially the same claims for loss caused by the closure of the bridge. Recovery was denied.

aux compagnies ferroviaires, aux usagers du fleuve et aux industries qui en dépendent. TPC consigne ces incidents depuis 1950.

Les risques de collisions et leur réduction au minimum ont fait l'objet de nombreuses études qui ont abouti notamment aux rapports suivants:

[TRADUCTION]

- a) Rapport de la Garde côtière canadienne sur la vulnérabilité des ponts dans les eaux canadiennes
- b) Rapport sur la situation du pont ferroviaire du fleuve Fraser, présenté par le Comité de travail sur le pont du fleuve Fraser du Western Transportation Advisory Council (WESTAC) - 1977
- c) Première et deuxième phases du Rapport sur l'analyse des risques de collisions maritimes relativement au pont ferroviaire de New Westminster (C.-B.), préparé par la société Crippen Consultants pour le compte de TPC - 1984
- d) Rapport sur l'étude de faisabilité des structures de guidage en vue de la réduction des dangers, préparé par la Direction maritime de TPC - 1986.

La deuxième de ces études fait partie du dossier. Cette étude a été effectuée à la suite d'un accident survenu en 1975 dans lequel un chaland servant au transport du bois a été arraché de ses amarres par une violente tempête et poussé contre le pont, ce qui a entraîné la fermeture de celui-ci pendant plus de quatre mois. L'étude, à laquelle le CN a participé activement, a été effectuée par un groupe de travail constitué de représentants de toutes les parties intéressées au pont. Le Comité a examiné un large éventail de problèmes et a conclu que les seuls problèmes importants étaient le risque assez élevé auquel étaient exposés les navires de pêche hauturière passant sous le pont et les dommages considérables qui pourraient découler d'une collision avec les piliers et la structure du pont. L'affaire *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147, concernait cependant un autre accident résultant d'une collision accidentelle d'un navire, au sujet duquel les mêmes compagnies ferroviaires qu'en l'espèce ont présenté essentiellement les mêmes réclamations pour perte causée par la fermeture du pont. L'indemnisation a été refusée.

In my view, both the surrounding circumstances and the contract itself indicate that the parties either did or ought to have considered the issue of allocating the risk of the bridge's closing as a result of a ship collision. Indeed, the licence agreement between CN and PWC of April 1987, which was in force at the time of the accident, did just that. The agreement provides as follows:

11. Canada may at any time and from time to time, by giving 7 days' notice in writing to the Railway, require the Railway absolutely to stop, delay or suspend its use of the Bridge, as provided for under this license, where, in the opinion of Canada, such stoppage, delay or suspension is necessary; PROVIDED THAT in cases of emergency, as determined by Canada, Canada may require the Railway, without written notice, to so immediately stop, delay or suspend its use of the Bridge, but such stoppage or suspension shall continue only so long as may be absolutely necessary, in the opinion of Canada, and the Railway shall not be entitled to claim any compensation or damages from Canada in respect thereof.

15. In the event of the complete or partial destruction of the Bridge or any damage thereto, the Minister shall forthwith decide whether or not Canada intends to rebuild, replace or repair such destruction or damage and shall give the Railway notice of such intention within 24 hours of the Minister's decision; PROVIDED HOWEVER that Canada shall be under no obligation to rebuild, replace or repair such destruction or damage and the Railway shall not be entitled to claim any compensation or damages (including, without limiting the generality of the foregoing, any compensation or damages the Railway may be required to pay any customer, passenger or user of the Railway or its services) from Canada in respect thereof. In the event Canada chooses not to rebuild, replace or repair such destruction or damage the Railway shall have the option of terminating this license from the date of such destruction or damage and on such termination all rights and privileges hereunder shall cease forthwith and the Railway shall have no claim whatsoever against Canada; PROVIDED FURTHER that the Railway shall forthwith pay to Canada, up to the date of termination, any sums that have

À mon avis, tant les circonstances entourant l'accident que le contrat lui-même indiquent que les parties ont effectivement tenu compte ou auraient dû tenir compte de la question de la répartition du risque de fermeture du pont à la suite de la collision d'un navire. En fait, le contrat de licence intervenu entre le CN et TPC en avril 1987, qui était en vigueur au moment de l'accident, faisait justement cela. Le contrat prévoyait:

[TRADUCTION] 11. Le Canada peut en tout temps, en donnant à la compagnie ferroviaire un préavis écrit de sept jours, exiger que ladite compagnie ferroviaire arrête, reporte ou suspende complètement son utilisation du pont, tel que prévu dans la présente licence, lorsque, de l'avis du Canada, un tel arrêt, report ou suspension est nécessaire; À CONDITION QUE, dans les cas d'urgence déterminés par le Canada, celui-ci puisse exiger que la compagnie ferroviaire, sans préavis écrit, arrête, reporte ou suspende immédiatement son utilisation du pont, mais que cet arrêt ou cette suspension ne se poursuive que tant et aussi longtemps que cela pourra être absolument nécessaire, de l'avis du Canada, et que la compagnie ferroviaire n'ait pas le droit de réclamer du Canada, à cet égard, une indemnité ou des dommages-intérêts.

15. En cas de destruction complète ou partielle du pont ou de dommages causés à celui-ci, le Ministre décidera aussitôt si le Canada a l'intention ou non de reconstruire, remplacer ou réparer le pont ou la partie endommagée du pont et donnera à la compagnie ferroviaire avis de son intention dans les 24 heures suivant la prise de sa décision; À CONDITION TOUTEFOIS que le Canada ne soit pas obligé de reconstruire, de remplacer ou de réparer le pont ou la partie endommagée du pont et que la compagnie ferroviaire n'ait pas le droit de réclamer du Canada, à cet égard, une indemnité ou des dommages-intérêts (y compris, sans limiter la généralité de ce qui précède, toute indemnité ou tous dommages-intérêts que la compagnie ferroviaire peut être tenue de payer à tout client, passager ou usager de la compagnie ferroviaire ou de ses services). Si le Canada choisit de ne pas reconstruire, remplacer ou réparer le pont ou la partie endommagée du pont, il sera loisible à la compagnie ferroviaire de révoquer la licence à compter de la date de la destruction ou des dommages et, au moment de cette révocation, tous les droits et privilèges y conférés prendront fin aussitôt et la compagnie ferroviaire n'aura aucun recours contre le Canada; À CONDITION DE PLUS que la compagnie ferroviaire verse aussitôt au

accrued or may have accrued due to Canada, up to the date of such termination. [Emphasis added.]

The Relationship Between the Tortfeasor and the Plaintiff

Prior to the accident, the owners and operators of the bridge, the *Jervis Crown*, the *Crown Forest No. 4* and the *Westminster Chinook* knew that damage to the bridge would cause delays and rerouting. All the defendants were fully aware of the fact that CN was the primary user. Captain MacDonnell, the master of the *Jervis Crown* and other masters and seamen operating in the river commonly refer to it as the CN rail bridge. Captain MacDonnell himself had been familiar with the bridge for over 40 years and until sometime after the collision actually believed it belonged to CN.

All the defendants knew that the Port Mann-Thornton marshalling and switching yard of CN, the main switching yard for the greater Vancouver area, is situated approximately 1½ miles upriver from the bridge on the south bank of the Fraser River. The defendants knew that there was no other rail bridge over the main arm of the river below the Westminster bridge and, because the bridge had been damaged before, they also knew that in the event of closure of the bridge owing to damage, CN would have to detour over the CP bridge upriver between Mission and Matsqui and divert over CP tracks on the north bank of the Fraser River.

The Relationship Between the Property Owner and the Tortfeasor

PWC arranged and paid for the repair of the bridge. As property owner, we saw, it recovered at trial all damages resulting from the collision from the tug *Jervis Crown* and its owners, and that judgment was not appealed. As earlier noted, the licence contracts between PWC and the railways provided for no indemnification in case of interruption of bridge service. Unable to claim under its contract, CN brought this action in tort against Norsk and the other defendants, claiming for the

Canada, jusqu'à la date de la révocation, toutes les sommes qui sont ou peuvent être dues au Canada jusqu'à la date de cette révocation. [Je souligne.]

Le rapport entre l'auteur du délit et la demanderesse

Avant l'accident, les propriétaires et exploitants du pont, du *Jervis Crown*, du *Crown Forest No. 4* et du *Westminster Chinook* savaient que les dommages causés au pont entraîneraient des délais et le déroutement. Tous les défendeurs savaient parfaitement que le CN était le principal usager du pont. Le capitaine MacDonnell, le capitaine du *Jervis Crown* et les autres capitaines et marins qui travaillaient sur le fleuve le désignent couramment comme le pont du CN. Le capitaine MacDonnell lui-même connaissait bien le pont depuis plus de 40 ans et jusqu'à une certaine date après la collision, il croyait vraiment qu'il appartenait au CN.

Tous les défendeurs savaient que la cour de triage du CN située au port Mann-Thornton, qui est la principale cour de triage de la grande région de Vancouver, se trouve à environ 1 mille ½ en amont du pont sur la rive sud du fleuve Fraser. Les défendeurs savaient qu'il n'y avait pas d'autre pont de chemin de fer sur le bras principal du fleuve, en aval du pont de Westminster et, comme le pont avait déjà été endommagé, ils savaient aussi qu'en cas de fermeture du pont pour cause de dommages, le CN devrait faire un détour par le pont du CP qui se trouve en amont du fleuve, entre Mission et Matsqui, et utiliser les voies ferrées du CP sur la rive nord du fleuve Fraser.

Le rapport entre le propriétaire du bien et l'auteur du délit

TPC a pris des mesures en vue de réparer le pont et a assumé les frais de ces réparations. En tant que propriétaire du bien, avons-nous vu, TPC a été indemnisé en première instance de tous les dommages résultant de la collision par le remorqueur *Jervis Crown* et ses propriétaires, et ce jugement n'a pas été porté en appel. Comme je l'ai déjà mentionné, les contrats de licence intervenus entre TPC et les compagnies ferroviaires ne prévoyaient aucune indemnisation en cas d'interruption de ser-

actual costs incurred by reason of the bridge closure.

The Issues

It is crucial at the outset to set forth precisely what is, and what is not in issue in this appeal. The issue is not whether economic losses are recoverable in tort, as my colleague McLachlin J. seems to frame it in her analysis. For reasons I shall explore later, I would have thought it clear that they are indeed recoverable in certain cases. And, though the parties disagree with respect to the points in issue, they did not frame them in that way in their factums in this Court.

The appellants (defendants) argue that the question in this appeal is whether a duty of care can arise between A (the defendants here) and C (the plaintiff CN here) where A negligently damages the property of B (PWC here) that results in a contractual disruption and consequent economic loss to C. The appellants contend that the nature of CN's relationship with PWC is merely contractual and that this fact is dispositive of the case.

CN concedes that a contractual interest *simpliciter* does not justify recovery, but it disagrees with the appellants' description of the damage suffered as being merely contractual disruption. Its argument proceeds essentially on two broad fronts which overlap to some degree.

The first front can be termed the alternative interests argument. CN first argues that its interest is more than a mere contractual one. To this end, it put forward essentially two arguments: first that it suffered from a transferred loss of use; and, secondly, that it is involved in a common adventure with PWC. These arguments are centred on the

vice du pont. Comme il ne pouvait pas présenter de réclamation fondée sur son contrat, le CN a intenté la présente action en matière délictuelle contre Norsk et les autres défendeurs et a demandé à être indemnisé des frais engagés en raison de la fermeture du pont.

Les questions en litige

Il est important d'énoncer précisément, au départ ce qui est et ce qui n'est pas en litige dans le présent pourvoi. Il ne s'agit pas de savoir si les pertes économiques peuvent donner lieu à indemnisation en matière délictuelle, comme ma collègue le juge McLachlin semble le dire dans son analyse. Pour des raisons que j'examinerai plus loin, j'aurais cru évident qu'elles peuvent effectivement donner lieu à indemnisation dans certains cas. Et, bien que les parties ne s'accordent pas sur les points en litige, elles ne les ont pas formulés de cette façon dans les mémoires qu'elles ont présentés à notre Cour.

Les appelants (défendeurs) soutiennent qu'il s'agit, en l'espèce, de déterminer si une obligation de diligence peut prendre naissance entre A (ici les défendeurs) et C (ici la demanderesse CN), lorsque A cause, par négligence des dommages au bien de B (ici TPC) et qu'il en résulte pour C une rupture de contrat et, par voie de conséquence, une perte économique. Les appelants prétendent que la nature du rapport entre le CN et TPC est purement contractuelle et que cela règle l'affaire.

Le CN reconnaît qu'un droit découlant purement et simplement d'un contrat ne justifie pas l'indemnisation, mais il n'est pas d'accord avec les appelants pour dire que le préjudice subi était seulement une rupture de contrat. Son argumentation comporte essentiellement deux volets généraux qui se chevauchent dans une certaine mesure.

Le premier volet peut être désigné comme l'argument de l'existence de droits subsidiaires. Le CN allègue d'abord que son droit est plus qu'un simple droit découlant d'un contrat. À cette fin, il avance essentiellement deux arguments: premièrement, il a subi une perte d'usage transférée et, deuxièmement, il participe à une entreprise com-

relationship between the plaintiff and the property owner, i.e., between CN and PWC. They represent an attempt to avoid the application of the rule barring recovery for mere contractual interests.

The second broad front on which CN proceeds may be termed the "special relationship" front. Here it argues that, even if the Court rejects its alternative interests argument and finds that its interest is merely contractual, the existence of other factors is sufficient to constitute a special relationship with the tortfeasor and to ground recovery for its contractual claims. In particular, it points to the high degree of subjective and objective foreseeability in this case as sufficient to constitute a special relationship between Norsk and CN, but other factors are invoked as well. These arguments are largely centred on the plaintiff-tortfeasor relationship, i.e., the relationship between CN and Norsk. They represent an attempt to qualify the application of the contractual relational economic loss rule.

CN's two strands of argument overlap, so that the factors that underlie its alternative interests arguments are also at times invoked in support of the existence of a special relationship or, more broadly, of proximity. It thus builds its argument on the allegedly particular characteristics of its relationship with the property owner on the one hand and the tortfeasor on the other. The appellants, on the other hand, consider that the contractual nature of the plaintiff's relationship with the property owner is dispositive of the case.

Part I of the analysis in this judgment examines the appellants' contention and focuses on the narrow problem of contractual relational economic loss. In my view, this question has been unhelpfully bound up with the larger question of pure economic loss. The first part of these reasons retraces these developments and sets forth the

mune avec TPC. Ces arguments portent sur le rapport qui existe entre la demanderesse et le propriétaire du bien, c'est-à-dire entre le CN et TPC. Ils représentent une tentative d'éviter l'application de la règle interdisant l'indemnisation dans le cas de simples droits découlant d'un contrat.

Le deuxième volet général de l'argumentation du CN peut être désigné comme l'argument de l'«existence d'un rapport spécial». Il soutient ici que, même si la Cour rejette son argument fondé sur l'existence de droits subsidiaires et statue que son droit découle simplement d'un contrat, l'existence d'autres facteurs est suffisante pour qu'il y ait un rapport spécial avec l'auteur du délit et pour justifier l'indemnisation relativement à ses réclamations fondées sur un contrat. Il souligne notamment que le degré élevé de prévisibilité subjective et objective en l'espèce suffit pour qu'il y ait un rapport spécial entre Norsk et le CN, mais il invoque également d'autres facteurs. Ces arguments portent largement sur le rapport entre la demanderesse et l'auteur du délit, c'est-à-dire le rapport entre le CN et Norsk. Ils représentent une tentative de limiter l'application de la règle de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Les deux volets de l'argumentation du CN se chevauchent de sorte que les facteurs qui sous-tendent son argument de l'existence de droits subsidiaires sont également parfois invoqués à l'appui de l'existence d'un rapport spécial ou, de façon plus générale, d'un lien étroit. Il fonde donc son argumentation sur les caractéristiques prétendument spéciales de son rapport avec le propriétaire du bien, d'une part, et avec l'auteur du délit, d'autre part. En revanche, les appelants considèrent de leur côté que le rapport entre le demandeur et le propriétaire du bien est de nature contractuelle et que cela règle l'affaire.

La partie I de l'analyse contenue dans les présents motifs de jugement examine l'argument des appelants et porte principalement sur le problème restreint de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. À mon avis, cette question a été liée inutilement à la question plus générale de la perte purement économique. La première partie

rationale for considering this narrow issue as a separate problem.

Part II examines CN's arguments to the effect that it has more than a mere contractual interest. My conclusion is that it does not.

Part III returns to the issue of contractual relational economic loss. It examines the various proposals that have been made to relax the bright line rule excluding recovery for contractual relational economic loss, including those set forth by my colleagues McLachlin and Stevenson JJ.

Part IV examines the rationale for the exclusionary rule. My conclusion is that the bright line rule excluding recovery for economic loss owing to interference with contractual relations that results from damage to a third party's property should not be modified, at least on the facts of this case. I should underline from the outset that this conclusion is not a rejection of recovery for pure economic loss in general terms. It is limited, for reasons that will be set forth, to cases where property damage to a third party has occurred and where the plaintiff's interest is contractual.

Analysis

Part I: The Need to Recentre the Analysis on Contractual Relational Economic Loss

To phrase the key issue in this case as a simple one of "is pure economic loss recoverable in tort?" is misleading. I do not doubt that pure economic loss is recoverable in some cases. It does not follow, however, that all economic loss cases are susceptible to the same analysis, or that cases of one type are necessarily relevant to cases of another. Nor does it follow that the constellation of policy concerns that have grown up around the issue of economic loss can be ignored. The fact is that different types of factual situations may invite differ-

des présents motifs retrace cette évolution et expose les raisons pour lesquelles cette question restreinte constitue un problème distinct.

^a La partie II porte sur les arguments du CN selon lesquels il possède davantage qu'un simple droit découlant d'un contrat. Je conclus que ce n'est pas le cas.

^b La partie III revient à la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Elle porte sur les diverses propositions qui ont été faites afin d'assouplir la règle de la démarcation très nette qui exclut l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat, y compris celles énoncées par mes collègues les juges McLachlin et Stevenson.

^d La partie IV porte sur la raison d'être de la règle d'exclusion. Je conclus qu'il n'y a pas lieu de modifier, tout au moins dans le contexte de la présente affaire, la règle de la démarcation très nette qui exclut l'indemnisation de la perte économique due à l'ingérence dans des rapports contractuels qui résulte du dommage matériel subi par un tiers. Je me dois de souligner au départ que cette conclusion ne constitue pas un rejet de l'indemnisation de la perte purement économique en général. Elle se limite, pour des raisons qui seront exposées plus loin, aux cas où le bien d'un tiers a été endommagé et où le droit du demandeur découle d'un contrat.

g Analyse

Partie I: La nécessité de réorienter l'analyse sur la perte économique relationnelle découlant d'un contrat

^h Il est trompeur de formuler la question clé, en l'espèce, comme étant simple de savoir si «la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation en matière délictuelle». Je ne doute pas que la perte purement économique puisse donner lieu à indemnisation dans certains cas. Toutefois, cela ne veut pas dire que tous les cas de perte économique peuvent faire l'objet de la même analyse: les affaires d'un genre ne sont pas nécessairement pertinentes dans le contexte de celles d'un autre genre. Cela ne veut pas dire non plus qu'on peut

ent approaches to economic loss, and it seems to me to be at best unwise to lump them all together for purposes of analysis. Professor Feldthusen distinguishes five different categories of economic loss cases which involve different policy considerations: see Feldthusen, "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 357-58. They are as follows:

1. The Independent Liability of Statutory Public Authorities;
2. Negligent Misrepresentation;
3. Negligent Performance of a Service;
4. Negligent Supply of Shoddy Goods or Structures;
5. Relational Economic Loss.

The present case fits into his fifth category. In my view, both policy and precedent justify narrowing the focus in the present case to loss cases of the kind described in that category.

Professor Feldthusen considers that the cases and strong policy reasons support a general rule precluding recovery of all relational loss, which he frames in the following terms: "The recovery of pure economic loss will be precluded in negligence when it is consequent upon an injury to the person or property of a third party": see Feldthusen, *Economic Negligence* (2nd ed. 1989), at p. 200. He recognizes, however, that such a rule would be subject to a number of specific exceptions.

In general terms, we are here concerned with relational loss resulting from property damage, and I need not consider relational loss arising out of personal injury. Turning then to an examination of the category of cases in which the initial damage is

ignorer la série de questions de principe que le problème de la perte économique a contribué à soulever. En réalité, différents genres de situations de fait peuvent commander différentes manières d'aborder la perte économique et il me semble pour le moins malavisé de les analyser en bloc. Le professeur Feldthusen perçoit cinq catégories différentes de cas de perte économique qui font intervenir des considérations de principe différentes: voir Feldthusen, «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pp. 357 et 358. Ce sont les catégories suivantes:

- ^c [TRADUCTION]
1. La responsabilité indépendante des autorités publiques légales;
 - ^a 2. La déclaration inexacte faite par négligence;
 3. La prestation négligente d'un service;
 4. La fourniture négligente de marchandises ou de structures de mauvaise qualité;
 - ^e 5. La perte économique relationnelle.

^f La présente affaire entre dans la cinquième catégorie qu'il mentionne. À mon avis, tant les principes que la jurisprudence justifient que l'on s'en tienne en l'espèce aux cas de perte du genre décrit dans cette catégorie.

^g Le professeur Feldthusen considère que la jurisprudence et de sérieuses raisons de principe justifient l'adoption d'une règle générale interdisant l'indemnisation de toute perte relationnelle, règle qu'il formule ainsi: [TRADUCTION] «L'indemnisation de la perte purement économique sera interdite en matière délictuelle lorsqu'elle résulte d'une lésion corporelle ou d'un dommage matériel subi par un tiers»: voir Feldthusen, *Economic Negligence* (2^e éd. 1989), à la p. 200. Cependant, il admet qu'une telle règle comporterait un certain ⁱ nombre d'exceptions précises.

^j De façon générale, nous nous intéressons en l'espèce à la perte relationnelle résultant d'un dommage matériel et je n'ai pas à étudier la perte relationnelle découlant d'une lésion corporelle. Si nous passons alors à un examen de la catégorie de

to property, it is apparent that contract is not the only relation that can lead to losses. If the property is publicly owned, users may not be required to contract for its use. Thus persons who regularly use an ordinary bridge or other publicly maintained facility have no contractual right to do so but may nevertheless suffer damages by having to find alternative routes for themselves or their goods, and their suppliers or customers may also suffer damage. Those suffering such damage will ordinarily not recover: see *Bethlehem Steel Corp. v. St. Lawrence Seaway Authority*, [1978] 1 F.C. 464, (claims for loss of profits owing to ships being held up after a bridge destroyed and a canal obstructed were refused, as was a claim for extra shipping costs arising out of the same accident); *Star Village Tavern v. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (Man. Q.B.), (recovery by tavern owner suffering losses owing to bridge closure refused). To impose such indeterminate liability on tortfeasors is almost unthinkable as the cases make clear. The courts have similarly refused recovery in other cases of relational economic loss; see, for example, *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569, as explained by *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337, at p. 342, and *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27.

Where the government is able to sue as owner (as in this case and as in most bridge cases), I can see no reason for any difference in treatment depending on whether use is based on contract or not. In my view, contractual relational economic loss cases are perhaps best conceived as a variant of relational loss. At least in terms of result, the different types of relational economic loss cases generally appear to be dealt with in the same way

cas où le dommage initial est matériel, il appert que le contrat ne constitue pas le seul rapport qui puisse entraîner des pertes. Si le bien est une propriété publique, il se peut que les usagers ne soient pas obligés de passer un contrat pour l'utiliser. Ainsi les personnes qui utilisent régulièrement un pont ordinaire ou une autre installation entretenue par l'État n'ont pas le droit de le faire en vertu d'un contrat, mais elles peuvent néanmoins subir un préjudice du fait qu'elles doivent trouver d'autres trajets pour leur propre transport ou celui de leurs marchandises, et leurs fournisseurs ou leurs clients peuvent également subir un préjudice. Celles qui subissent un tel préjudice ne seront pas indemnisées normalement: voir *Bethlehem Steel Corp. c. Administration de la voie maritime du Saint-Laurent*, [1978] 1 C.F. 464 (des demandes d'indemnisation de pertes de profits dues au retard pris par des navires après la destruction d'un pont et l'obstruction d'un canal ont été refusées, tout comme l'a été une demande d'indemnisation des frais supplémentaires d'expédition résultant du même accident); *Star Village Tavern c. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (B.R. Man.) (on a refusé d'indemniser le propriétaire d'une taverne qui avait subi des pertes en raison de la fermeture d'un pont). Il est presque impensable d'imposer une telle responsabilité indéterminée aux auteurs de délits, ainsi qu'il ressort clairement de la jurisprudence. Les tribunaux ont également refusé l'indemnisation dans d'autres cas de perte économique relationnelle; voir, par exemple, *Weller & Co. c. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569, comme on l'explique dans *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. c. W. J. Whittall and Son Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 337, à la p. 342, et *Spartan Steel & Alloys Ltd. c. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27.

Lorsque le gouvernement peut poursuivre en tant que propriétaire (comme en l'espèce et dans la plupart des affaires relatives à un pont), je ne vois aucune raison de traiter l'affaire différemment, selon que l'utilisation se fonde sur un contrat ou non. À mon avis, les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat sont peut-être le mieux conçus comme une variante de la perte relationnelle. Au moins sur le plan de l'issue du litige,

by the courts. As will become evident, many of the underlying policies are, in my view, the same. Nevertheless, most of the reported cases involve claims for contractual relational economic loss, probably because most of the others appear obvious. To avoid possible doctrinal confusion, I propose as much as possible to narrow the focus to contractual relational economic loss only.

Policy

Cases of contractual relational loss have a number of specific characteristics that differentiate them from other economic loss cases, and certainly from other non-relational loss cases. The first is that in such cases, the right of action of the property owner already puts pressure on the defendants to act with care. The deterrent effect of tort law, to the extent that it survives the advent of widespread insurance, is already present. In this case PWC collected substantial damages. Consequently, Norsk was already under a substantial incentive to take care with respect to the bridge since its liability to the bridge owner would and did require the payment of substantial damages. In most cases of this type, imposing further liability cannot reasonably be justified on the grounds of deterrence (unless a policy of full internalization of all losses resulting from accidents to the party who could have avoided the accident is to be pursued at all costs).

This is a critical difference with respect to the other types of economic loss cases. Professor Feldthusen underlines the importance of this first key aspect of contractual relational economic loss cases, in the following passage dealing with relational loss generally ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at p. 377):

les tribunaux paraissent généralement trancher de la même manière les différents types de cas de perte économique relationnelle. Comme nous le verrons, bon nombre des principes sous-jacents sont les mêmes. Néanmoins, la plupart des décisions publiées concernent des demandes d'indemnisation de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, probablement parce que la plupart des autres paraissent évidentes. Afin d'éviter toute confusion possible sur le plan de la doctrine, je compte m'en tenir, autant que possible, à la seule perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Les principes

Les cas de perte relationnelle découlant d'un contrat possèdent un certain nombre de caractéristiques précises qui les différencient des autres cas de perte économique et certainement des autres cas de perte non relationnelle. La première caractéristique est qu'en pareils cas le droit d'action du propriétaire du bien incite déjà les défendeurs à faire preuve de diligence. L'effet dissuasif du droit de responsabilité délictuelle, dans la mesure où il survit à l'avènement de l'assurance généralisée, existe déjà. En l'espèce, TPC a obtenu des dommages-intérêts importants. Par conséquent, Norsk est déjà fortement incitée à faire preuve de diligence relativement au pont, car sa responsabilité envers le propriétaire du pont l'obligerait et l'a effectivement obligée à verser des dommages-intérêts importants. Dans la plupart des cas de ce genre, la dissuasion ne saurait raisonnablement justifier l'imposition d'une responsabilité supplémentaire (à moins qu'il faille appliquer à tout prix une politique de pleine imputation de toutes les pertes résultant d'un accident à la partie qui aurait pu éviter l'accident).

C'est une différence cruciale par rapport aux autres genres de cas de perte économique. Le professeur Feldthusen souligne l'importance de ce premier aspect clé des cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, dans le passage suivant qui traite de la perte relationnelle en général ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, à la p. 377):

... in each of [the first four] categories [identified above], the issue is whether the law of negligence applies at all to sanction the defendant's careless conduct. Relational loss cases are different because the defendant will be held liable to the victim of physical damage. The issue is whether *additional* liability to third parties is warranted. The better analogy is not to how the claim in *Hedley Byrne* or *Rivtow Marine* was resolved, but to how an additional claim brought by the best customer of the plaintiffs in each of those cases would have fared. [Emphasis added.]

I come now to a second distinction. A firm exclusionary rule in this area does not have the effect of necessarily excluding compensation to the plaintiff for his or her loss. Rather, it simply channels to the property owner both potential liability to the plaintiff and the right of recovery against the tortfeasor. The property owner is both entitled to recover from the tortfeasor and potentially liable under contract to the plaintiff. Here, the licence agreement explicitly rejected any liability, so the plaintiff cannot recover under it against PWC. In contracts between sophisticated parties such as those in the case at bar, who are well advised by counsel, such exclusions of liability often result from determinations regarding who is in the best position to insure the risk at the lowest cost.

A third distinction is that perfect compensation of all contractual relational economic loss is almost always impossible because of the ripple effects which are of the very essence of contractual relational economic loss. This aspect has been recognized as critical from the very beginning. It is in this sense that the solution to cases of this type is necessarily pragmatic and involves drawing a line that will exclude at least some people who have been undeniably injured owing to the tortfeasor's admitted failure to meet the requisite standard of care.

[TRADUCTION] ... dans chacune des [quatre premières] catégories [mentionnées ci-dessus], il s'agit de savoir si le droit relatif à la négligence s'applique ou non pour sanctionner la conduite négligente du défendeur. Les cas de perte relationnelle sont différents parce que le défendeur sera tenu responsable envers la personne qui a subi un préjudice physique. La question est de savoir si une responsabilité *supplémentaire* envers les tiers est justifiée. La meilleure analogie est de savoir non pas comment la demande d'indemnisation a été tranchée dans *Hedley Byrne* ou *Rivtow Marine*, mais comment une demande d'indemnisation supplémentaire présentée par le meilleur client des demanderessees dans chacune de ces affaires aurait réussi. [Je souligne.]

J'arrive maintenant à une deuxième distinction. Une règle stricte d'exclusion de la responsabilité dans ce domaine n'a pas nécessairement pour effet d'exclure l'indemnisation de la perte subie par le demandeur. Au contraire, elle ne fait que canaliser vers le propriétaire du bien la responsabilité potentielle envers le demandeur et le droit de se faire indemniser par l'auteur du délit. Le propriétaire du bien a le droit de se faire indemniser par l'auteur du délit, mais il peut également être responsable envers le demandeur en vertu d'un contrat. En l'espèce, le contrat de licence écartait expressément toute responsabilité, de sorte que la demanderesse ne peut se faire indemniser par TPC en vertu de ce contrat. Dans les contrats intervenus entre des parties avisées comme celles dont il est question ici, qui sont bien conseillées par des avocats, de telles exclusions de responsabilité résultent souvent de décisions établissant qui est le mieux en mesure de s'assurer contre le risque au moindre coût.

Une troisième distinction provient de ce que l'indemnisation parfaite de toute perte économique relationnelle découlant d'un contrat est presque toujours impossible en raison des effets d'enchaînement qui caractérisent ce genre de perte. Cet aspect a été reconnu comme crucial dès le départ. C'est dans ce sens que la solution des affaires de ce genre est nécessairement pragmatique. Quelle que soit la ligne de démarcation établie dans ce domaine, elle aura forcément pour effet d'exclure des personnes qui ont indéniablement subi un préjudice résultant de la faute de comportement de l'auteur du délit.

In other types of economic loss cases, ripple effects may not be of concern. Thus cases like the present are significantly different from the situation in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, in which Rivtow was the sole victim of the type of damage for which it claimed. Full compensation of all those to whom a private law duty is owed is also realistically possible in the situation dealt with in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2. In cases like the present, claims that the denial of recovery in the type of case here would be “unjust” must take into account that other “just” claims are inevitably denied in this type of case.

Finally, contractual relational economic loss cases typically involve accidents. This distinguishes them from both products liability economic loss cases like *Rivtow*, in which by definition there is no accident, and negligent misrepresentation cases like *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. This aspect is of fundamental importance with respect to tests of liability founded on the foreseeability of an individual plaintiff or an ascertained class of plaintiffs, which I shall discuss in Part III.

In light of these substantial differences between contractual relational economic loss cases and other pure economic loss cases, I agree with Professor Feldthusen, that “it assists little, if at all, to generalize on the basis of proximity from other types of economic loss cases to the relational loss cases” ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at p. 376). For the purposes of the present case, it is not necessary to proceed to an exhaustive categorization of economic loss cases. There is, in my

Dans d’autres genres de cas de perte économique, les effets d’enchaînement ne constituent pas toujours un sujet de préoccupation. Ainsi, des cas comme la présente affaire diffèrent considérablement de la situation qui se présentait dans l’affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, dans laquelle la société Rivtow était la seule victime du genre de préjudice pour lequel elle réclamait des dommages-intérêts. L’indemnisation intégrale de tous ceux à qui est due une obligation de droit privé est également possible d’une façon réaliste dans la situation examinée dans l’arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2. Dans notre affaire, l’argument selon lequel il serait «injuste» de refuser l’indemnisation doit aussi confronter le fait que ce genre de cas donne inévitablement lieu au refus d’autres réclamations «justes».

Enfin, les cas de perte économique relationnelle découlant d’un contrat surviennent le plus souvent à la suite d’un accident. Cela les distingue des affaires relatives à une perte économique découlant de la responsabilité du fabricant comme l’affaire *Rivtow* dans laquelle, par définition, il n’y a pas d’accident, et des affaires relatives à une déclaration inexacte faite par négligence, comme l’affaire *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. Cet aspect est d’une importance fondamentale en ce qui concerne les critères de responsabilité fondés sur la prévisibilité d’un demandeur particulier ou d’une catégorie déterminée de demandeurs, que j’examinerai dans la partie III.

Compte tenu de ces différences importantes entre les cas de perte économique relationnelle découlant d’un contrat et d’autres cas de perte purement économique, je conviens avec le professeur Feldthusen qu’[TRADUCTION] «il est peu, voire nullement, utile de généraliser sur la base du lien étroit à partir d’autres genres de cas de perte économique jusqu’aux cas de perte relationnelle» ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, à la p. 376). Il n’est pas nécessaire, aux fins de l’espèce, de classer de façon exhaustive par catégories les cas de perte économique. À mon avis, il y a, à tout le

view, at the very least a clear difference between economic loss in three types of cases.

In the first type, which involves what has been termed consequential economic loss, the plaintiff claims for economic loss in addition to his claims for property damage or personal injury. Focusing on the issue of remoteness of damage, the courts have established guidelines regarding the availability of damages for economic loss in these cases.

In the second type, which can be termed non-relational economic loss, the plaintiff claims for pure economic loss unrelated to any personal injury or property damage suffered by either the plaintiff or any third party. The law in this area is developing. In view of my analysis of the issues in this case, it is not necessary for me to say much about these cases. I doubt, however, that this group can be analyzed in terms of a single rule. The extract from Professor Feldthusen above contends that this group can be further broken down into four distinct categories. It is sufficient to say that I fully support this Court's rejection of the broad bar on recovery of pure economic loss in *Rivtow* and *Kamloops*. I would stress again the need to take into account the specific characteristics of each case. I agree with McLachlin J. that *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, does not represent the law in Canada.

The present case, however, is of a third type. It involves a claim for contractual relational economic loss by the plaintiff as a result of damage caused to someone else's property.

Precedent

The English Background

It is helpful to retrace the development of the so-called rule against recovery of pure economic loss in order to place the argument in this case in context. The debate has often been obscured because

moins, une différence manifeste entre la perte économique dans trois genres de cas.

Dans le premier cas, où il y a ce qu'on a appelé la perte économique indirecte, la réclamation du demandeur vise une perte économique en plus de la lésion corporelle ou du dommage matériel qu'il a subi. En mettant l'accent sur la question de l'éloignement du dommage, les tribunaux ont établi des lignes directrices au sujet de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour une perte économique dans ces cas-là.

Dans le deuxième cas, la réclamation du demandeur vise une perte purement économique qui ne résulte pas d'un dommage matériel subi par un tiers. Le droit est en pleine évolution dans ce domaine. Compte tenu de l'analyse que je fais des questions posées en l'espèce, il n'est pas nécessaire que je dise beaucoup de choses sur ces cas. Toutefois, je doute que l'on puisse analyser ce groupe sous l'angle d'une seule règle. Dans l'extrait susmentionné, le professeur Feldthusen prétend que ce groupe peut encore être décomposé en quatre catégories distinctes. Il suffit de dire que j'endors pleinement le rejet par notre Cour de l'interdiction générale de l'indemnisation de la perte purement économique dans les affaires *Rivtow* et *Kamloops*. Je soulignerais de nouveau la nécessité de tenir compte des caractéristiques particulières de chaque cas. Je conviens avec le juge McLachlin que l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, ne représente pas l'état du droit en vigueur au Canada.

Il s'agit cependant, en l'espèce, d'un troisième genre de cas. La réclamation est fondée sur la perte économique relationnelle découlant d'un contrat subie par le demandeur à la suite d'un dommage causé au bien d'autrui.

La jurisprudence

La jurisprudence anglaise

Il est utile de retracer l'évolution de la prétendue règle interdisant l'indemnisation d'une perte purement économique, afin de situer dans son contexte l'argumentation soumise en l'espèce. Le débat a

of the existence of at least two different versions of the rule, one narrow and one broad. American cases have occasionally addressed specifically the issues in this case in terms of the breadth or narrowness of the economic loss rule. Particularly instructive in this regard is the recent case of *State of Louisiana v. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (1985).

The original formulation of the rule of the categorical exclusion of economic loss in cases such as *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, was narrow. In its narrow formulation, the rule excludes claims for negligent interference with contractual relations where a third party's property has been damaged and where the damage to the plaintiff's contractual relations is caused as a result of that property damage. The rule thus applies to exclude recovery for a plaintiff's pure economic loss flowing from the property owner's property damage, damage which I have termed contractual relational economic loss.

The development of the original narrow rule is well set out in *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1, at pp. 15-17, a case that dealt with a time charterer's claim for economic loss. Because of the importance of clearly understanding this development, I reproduce Lord Fraser of Tullybelton's account in that case *in extenso*:

This issue is one of fundamental importance in maritime law and in the law of negligence generally. There is a long line of authority in the United Kingdom for the proposition that a time charterer is not entitled to recover for pecuniary loss caused by damage by a third party to the chartered vessel. The reason is that a time charterer has no proprietary or possessory right in the chartered vessel; his only right in relation to the vessel is contractual: see *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19th ed. (1984), p. 47. The proposition in relation to a time charterer is thus only one example of the more general principle stated by Scrutton L.J. in

souvent été embrouillé par l'existence d'au moins deux versions différentes de la règle, l'une stricte et l'autre générale. Dans la jurisprudence américaine, les questions en litige ici ont parfois été abordées précisément selon le caractère général ou strict de la règle concernant la perte économique. La décision récente *State of Louisiana c. M/V Testbank*, 752 F.2d 1019 (1985), est particulièrement instructive à cet égard.

La règle de l'exclusion absolue de la perte économique dans des affaires comme *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453, a été formulée de façon stricte au départ. Selon sa formulation stricte, la règle exclut la responsabilité pour ingérence, par négligence, dans des rapports contractuels lorsque le bien d'un tiers a été endommagé et lorsque le préjudice causé aux rapports contractuels du demandeur résulte de ce dommage matériel. La règle s'applique donc pour empêcher l'indemnisation de la perte purement économique qu'un demandeur subit par suite d'un dommage matériel causé au propriétaire du bien, perte que j'ai qualifiée de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

L'évolution de la règle stricte initiale est bien exposée dans l'affaire *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1, aux pp. 15 à 17, qui concernait une demande d'indemnisation pour perte économique présentée par un affréteur à temps. Comme il est important de bien comprendre cette évolution, je reproduis intégralement l'explication de lord Fraser of Tullybelton dans cette affaire:

[TRADUCTION] Il s'agit d'une question d'une importance fondamentale en droit maritime et dans le droit relatif à la négligence en général. Il existe au Royaume-Uni une doctrine et une jurisprudence bien établies qui appuient la proposition selon laquelle un affréteur à temps ne saurait être indemnisé de la perte pécuniaire qu'il a subie en raison d'un dommage causé par un tiers au navire affrété. La raison en est que l'affréteur à temps ne possède ni droit de propriété ni droit de possession sur le navire affrété; le seul droit qu'il possède relativement au navire découle d'un contrat: voir *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 19^e éd. (1984),

Elliott Steam Tug Co. Ltd. v. Shipping Controller [1922] 1 K.B. 127, 139-140:

“At common law there is no doubt about the position. In case of a wrong done to a chattel the common law does not recognize a person whose only rights are a contractual right to have the use or services of the chattel for purposes of making profits or gains without possession of or property in the chattel. Such a person cannot claim for injury done to his contractual right: see on this point the judgment of Blackburn J. in *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875) L.R. 10 Q.B. 453, where a contractor making a tunnel on K.’s land claimed against a wrongdoer to K.’s land, whose wrong made his contract less profitable, and was held not entitled to recover. It is for this reason that underwriters cannot sue directly a wrongdoer against property they have insured, but must proceed in the name of the assured, as explained by Lord Penzance in *Simpson v. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279, 289. It is for this reason also that charterers under a charter not amounting to a demise do not and cannot sue in the Admiralty Court a wrongdoer who has sunk by collision their chartered ship. The same principle was applied by Hamilton J. in *Remorquage à Hélice (Société Anonyme) v. Bennetts* [1911] 1 K.B. 243, to prevent the owner of a tug suing the wrongdoer who had sunk his tow, whereby he had lost the benefit of his contract of towage.”

The general principle was stated in *Cattle v. Stockton Waterworks Co.*, L.R. 10 Q.B. 453, a case which had nothing to do with ships or maritime law. The facts have been summarised sufficiently for the present purpose in the passage just cited from Scrutton L.J.’s judgment in *Elliott’s case*. The reason for the decision appears from the following passage from the judgment of the Court of Queen’s Bench which was delivered by Blackburn J., at pp. 457-458, where, after stating that the court would have been glad to avoid giving effect to the rule against permitting the contractor to sue, he went on to say:

p. 47. La proposition concernant l’affréteur à temps ne constitue donc qu’un exemple du principe plus général énoncé par le lord juge Scrutton dans l’arrêt *Elliott Steam Tug Co. Ltd. c. Shipping Controller* [1922] 1 K.B. 127, aux pp. 139 et 140:

«En common law, cette position ne suscite aucun doute. Dans le cas d’un dommage causé à un bien meuble, la common law n’admet pas qu’une personne qui possède des droits uniquement en vertu d’un contrat puisse se servir du bien meuble dans le but de réaliser des gains sans avoir un droit de possession ou de propriété sur ce bien meuble. Cette personne ne peut pas présenter de demande d’indemnisation pour un préjudice causé au droit qu’elle possède en vertu d’un contrat: voir, à ce sujet le jugement rendu par le juge Blackburn dans l’affaire *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875) L.R. 10 Q.B. 453, où un entrepreneur qui creusait un tunnel sous la propriété de K. a présenté une demande d’indemnisation contre l’auteur d’un dommage causé à la propriété de K., lequel dommage avait rendu son contrat moins rentable; on a jugé que l’entrepreneur n’avait pas le droit d’être indemnisé. C’est la raison pour laquelle les assureurs ne peuvent pas poursuivre directement l’auteur d’un dommage causé au bien qu’ils ont assuré, mais doivent poursuivre au nom de l’assuré, comme l’explique lord Penzance dans *Simpson c. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279, à la p. 289. C’est pour cette raison également que les affréteurs qui ont conclu une charte-partie qui n’équivaut pas à une concession à bail ne poursuivent pas et ne peuvent pas poursuivre en Cour d’amirauté l’auteur d’un méfait qui a causé la perte par collision de leur navire affrété. Le même principe a été appliqué par le juge Hamilton dans l’arrêt *Remorquage à hélice (Société anonyme) c. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243, afin d’empêcher le propriétaire d’un remorqueur de poursuivre l’auteur du méfait qui avait causé la perte de son remorqueur, l’empêchant ainsi de profiter de son contrat de remorquage.»

Le principe général a été énoncé dans *Cattle c. Stockton Waterworks Co.*, L.R. 10 Q.B. 453, une affaire qui n’avait rien à voir avec les navires ou le droit maritime. Les faits ont été suffisamment résumés pour les fins actuelles dans l’extrait des motifs du lord juge Scrutton dans l’affaire *Elliott*, que nous venons de citer. Le motif de la décision ressort du passage suivant tiré du jugement de la Cour du Banc de la Reine rédigé par le juge Blackburn, aux pp. 457 et 458, où, après avoir déclaré que la cour aurait été heureuse d’éviter de donner effet à la règle interdisant à l’entrepreneur de poursuivre, il a ajouté:

“But if we did so, we should establish an authority for saying that, in such a case as that of *Fletcher v. Rylands* (1866) L.R. 1 Ex. 265, the defendant would be liable, not only to an action by the owner of the drowned mine, and by such of his workmen as had their tools or clothes destroyed, but also to an action by every workman and person employed in the mine, who in consequence of its stoppage made less wages than he would otherwise have done. And many similar cases to which this would apply might be suggested. It may be said that it is just that all such persons should have compensation for such a loss, and that, if the law does not give them redress, it is imperfect. Perhaps it may be so. But, as was pointed out by Coleridge, J., in *Lumley v. Gye* (1853) 2 E. & B. 216, 252, courts of justice should not ‘allow themselves, in the pursuit of perfectly complete remedies for all wrongful acts, to transgress the bounds, which our law, in a wise consciousness as I conceive of its limited powers, has imposed on itself, of redressing only the proximate and direct consequences of wrongful acts.’ In this we quite agree. No authority in favour of the plaintiff’s right to sue was cited, and, as far as our knowledge goes, there was none that could have been cited.”

It is apparent from that citation that the court in *Cattle’s* case regarded the rule as a pragmatic one dictated by necessity.

The same appears even more clearly from the other foundation case in this branch of the law, *Simpson & Co. v. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279 which was a Scottish appeal arising out of a collision between two ships belonging to the same owner. The House of Lords held that the underwriters, who had paid the insurance due on one of the ships which was lost and which was not to any extent to blame for the accident, had no right of action against the owner of the other ship which was solely to blame, because they (the underwriters) had no independent right of action but only such right as they might have derived from the owner of the lost ship in whose place they stood. He had no right of action, as owner of the innocent ship, against himself as owner of the negligent ship. Lord Penzance gave a rather fuller statement of the reasons behind the rule against allowing the underwriters to sue, at pp. 289-290:

“But in the argument at your Lordships’ Bar the learned counsel for the respondents took their stand

«Mais si nous le faisons, nous devrions établir un précédent pour dire que, dans une affaire comme *Fletcher c. Rylands* (1866) L.R. 1 Ex. 265, le défendeur serait exposé à des poursuites non seulement de la part du propriétaire de la mine inondée et de ceux de ses ouvriers dont les outils ou les vêtements ont été détruits, mais également de la part de tout ouvrier ou employé de la mine qui, à la suite de l’arrêt des opérations, a touché un salaire inférieur à celui qu’il aurait retiré sans cela. Et on pourrait suggérer de nombreuses affaires similaires auxquelles cela s’appliquerait. On peut avancer qu’il est juste que toutes ces personnes devraient être indemnisées pour pareilles pertes et que si la loi ne leur accorde aucun recours, elle est imparfaite. C’est peut-être vrai. Mais, comme l’a souligné le juge Coleridge dans l’arrêt *Lumley c. Gye* (1853) 2 E. & B. 216, à la p. 252, les cours de justice ne devraient pas «prendre la liberté, dans la recherche de recours parfaitement complets pour tous les actes préjudiciables, d’outrepasser les limites que notre droit, selon une sage perception, à mon avis, de ses pouvoirs limités, s’est imposées, de réparer seulement les conséquences immédiates et directes d’actes préjudiciables.» Nous sommes tout à fait d’accord avec cela. Aucun précédent n’a été cité à l’appui du droit du demandeur d’intenter une poursuite, et, à notre connaissance, il n’y en avait aucun qui aurait pu l’être.»

Il ressort de cette citation que, dans l’affaire *Cattle*, la cour a considéré la règle comme étant une règle pragmatique dictée par la nécessité.

La même chose ressort même plus clairement de l’autre affaire fondamentale dans ce domaine du droit, *Simpson & Co. c. Thomson* (1877) 3 App. Cas. 279, qui était un appel écossais interjeté à la suite d’une collision entre deux navires appartenant au même propriétaire. La Chambre des lords a statué que les assureurs, qui avaient payé l’assurance due sur l’un des navires qui était perdu et qui n’était nullement à blâmer pour l’accident, n’avaient aucun droit d’action contre le propriétaire de l’autre navire qui était le seul à blâmer, parce qu’ils (les assureurs) n’avaient aucun droit d’action indépendant mais seulement le droit qu’ils auraient pu tenir du propriétaire du navire perdu dont ils occupaient la place. Il n’avait, en tant que propriétaire du navire innocent, aucun droit d’action contre lui-même en tant que propriétaire du navire négligent. Lord Penzance a exposé plus en détail les raisons qui justifient la règle interdisant aux assureurs de poursuivre, aux pp. 289 et 290:

«Mais, dans leur plaidoirie devant vos Seigneuries, les avocats des intimés ont fondé leur argumentation

upon a much broader ground. They contended that the underwriters, by virtue of the policy which they entered into in respect of this ship, had an interest of their own in her welfare and protection, inasmuch as any injury or loss sustained by her would indirectly fall upon them as a consequence of their contract; and that this interest was such as would support an action by them in their own names and behalf against a wrongdoer. This proposition virtually affirms a principle which I think your Lordships will do well to consider with some care, as it will be found to have a much wider application and signification than any which may be involved in the incidents of a contract of insurance.

The principle involved seems to me to be this — that where damage is done by a wrongdoer to a chattel not only the owner of that chattel, but all those who by contract with the owner have bound themselves to obligations which are rendered more onerous, or have secured to themselves advantages which are rendered less beneficial by the damage done to the chattel, have a right of action against the wrongdoer although they have no immediate or reversionary property in the chattel, and no possessory right by reason of any contract attaching to the chattel itself, such as by lien or hypothecation.

This, I say, is the principle involved in the respondents' contention. If it be a sound one, it would seem to follow that if, by the negligence of a wrongdoer, goods are destroyed which the owner of them had bound himself by contract to supply to a third person, this person as well as the owner has a right of action for any loss inflicted on him by their destruction.

But if this be true as to injuries done to chattels, it would seem to be equally so as to injuries to the person. An individual injured by a negligently driven carriage has an action against the owner of it. Would a doctor, it may be asked, who had contracted to attend him and provide medicines for a fixed sum by the year, also have a right of action in respect of the additional cost of attendance and medicine cast upon him by that accident? And yet it cannot be denied that the doctor had an interest in his patient's safety. In like manner an actor or singer bound for a term to a manager of a theatre is disabled by the wrongful act of a third person to the serious loss of the manager. Can the manager recover damages for that loss from the wrongdoer? Such instances might be indefinitely multiplied, giving rise to rights of action which in

sur un motif beaucoup plus général. Ils ont prétendu que les assureurs, en vertu de la police qu'ils ont conclue relativement au navire, avaient un intérêt dans la protection de celui-ci, en ce sens que tout dommage ou préjudice qu'il subirait les concernerait indirectement en raison du contrat, et que cet intérêt était tel qu'il leur permettrait d'intenter une action en leur nom contre l'auteur du méfait. Cette proposition confirme virtuellement un principe que, à mon avis, vos Seigneuries feront bien de prendre en considération avec soin, car il se trouvera à avoir une application et une signification beaucoup plus larges que tout autre pouvant résulter d'un contrat d'assurance.

Le principe en cause me semble être le suivant : lorsque l'auteur d'un méfait cause des dommages à un bien meuble, non seulement le propriétaire de ce bien meuble mais également tous ceux qui, par contrat avec le propriétaire, sont liés aux obligations dont l'exécution est devenue plus onéreuse ou qui ont obtenu pour eux-mêmes des avantages qui sont rendus moins intéressants en raison des dommages causés au bien meuble, ont un droit d'action contre l'auteur du méfait bien qu'ils n'aient pas de droit de propriété immédiat ou réversif sur le bien meuble, ni aucun droit de possession en raison d'un contrat se rapportant au bien meuble lui-même, comme au moyen d'un privilège ou d'une hypothèque.

C'est là, à mon avis, le principe en jeu dans la prétention des intimés. Si c'était un principe solide, il semblerait s'ensuire que, si, en raison de la négligence de l'auteur d'un méfait, il y a destruction de marchandises que leur propriétaire s'était engagé par contrat à livrer à un tiers, ce dernier ainsi que le propriétaire ont un droit d'action pour toute perte subie en raison de leur destruction.

Mais si cela est vrai en ce qui concerne les dommages causés à des biens meubles, ce semblerait également vrai en ce qui concerne les lésions corporelles. La personne blessée par une voiture conduite de façon négligente a un droit d'action contre le propriétaire de cette voiture. On peut se demander si le médecin qui avait conclu un contrat en vue de le soigner et de lui fournir des médicaments pour un montant fixe durant l'année a également un droit d'action relativement aux frais supplémentaires qu'entraînent les soins et les médicaments qui lui sont nécessaires en raison de cet accident. Cependant, on ne peut nier que le médecin avait un intérêt dans la sécurité de son patient. De la même manière, un acteur ou un chanteur lié pour un certain temps à un directeur de théâtre est rendu inhabile en raison du méfait d'un tiers, qui entraîne

modern communities, where every complexity of mutual relation is daily created by contract, might be both numerous and novel.”

These two cases of *Cattle*, L.R. 10 Q.B. 453, and *Simpson*, 3 App.Cas. 279, have stood for over a hundred years and have frequently been cited with approval in later cases, both in the United Kingdom and elsewhere. They show, in their Lordships’ opinion, that the justification for denying a right of action to a person who has suffered economic damage through injury to the property of another is that for reasons of practical policy it is considered to be inexpedient to admit his claim. [Emphasis added.]

Lord Fraser felt it was unnecessary to refer to all the many cases in which either or both of the cases of *Cattle* and *Simpson & Co. v. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279, have been cited but he did go on to note the favourable treatment given to the narrow rule in Scotland, Canada and the United States.

Subsequently, in the second stage of the development of the rule, it was greatly broadened. The remarks of Mason J. in *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge “Willemstad”* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), are illuminating, in that they illustrate the passage from the narrow rule discussed in the above passage to a broader rule (at p. 269):

None the less before *Hedley Byrne* the influence of the early cases was strong and it seems to have been generally considered that financial loss not consequential upon property damage could not be recovered. For the most part the cases concerned a claim by a plaintiff that he suffered a loss or lost a profit under a contract because the defendant’s negligent conduct damaged or destroyed property of the other contracting party thereby putting an end to the contract or rendering it unprofitable. Yet the cases were thought to establish a general principle relating to the recovery of pure economic damage. [Emphasis added.]

As Mason J. notes, in its broad formulation, the rule was said to exclude all claims in negligence for pure economic loss, i.e., economic loss in the

une perte grave pour le directeur. Celui-ci peut-il être indemnisé de cette perte par l’auteur du méfait? Ces exemples pourraient être multipliés à l’infini, ce qui donnerait naissance à des droits d’action qui, dans nos sociétés modernes, où des contrats viennent chaque jour compliquer les rapports mutuels, pourraient être à la fois nombreux et nouveaux.»

La décision *Cattle*, L.R. 10 Q.B. 453, et l’arrêt *Simpson*, 3 App. Cas. 279, tiennent tous deux depuis plus de cent ans et ont souvent été cités favorablement dans des arrêts subséquents, tant au Royaume-Uni qu’ailleurs. Ils indiquent, de l’avis de leurs Seigneuries, que le motif valable de refuser un droit d’action à une personne qui a subi un préjudice économique à la suite d’un dommage causé au bien d’autrui est que, pour des raisons pratiques, il est considéré inopportun de faire droit à sa demande d’indemnisation. [Je souligne.]

Lord Fraser a jugé inutile de se reporter à tous les nombreux cas dans lesquels l’une ou chacune des deux affaires *Cattle* et *Simpson & Co. c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279, a été citée, mais il a souligné le traitement favorable accordé à la règle stricte en Écosse, au Canada et aux États-Unis.

Par la suite, au cours de la deuxième phase de son évolution, le champ d’application de la règle a été grandement élargi. Les observations du juge Mason dans l’arrêt *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), nous éclairent en illustrant le passage de la règle stricte, examinée dans le passage ci-dessus, à une règle plus générale (à la p. 269):

[TRADUCTION] Néanmoins, avant *Hedley Byrne*, la jurisprudence antérieure exerçait une forte influence et on semble avoir en général considéré que la perte financière qui n’était pas consécutive à un dommage matériel ne pouvait pas donner lieu à indemnisation. Dans la plupart des cas, le demandeur prétendait avoir subi une perte ou perdu un profit en vertu d’un contrat, parce que la conduite négligente du défendeur avait eu pour effet d’endommager ou de détruire le bien de l’autre partie contractante, ce qui avait mis fin au contrat ou l’avait rendu non rentable. Pourtant, on croyait que ces affaires établissaient un principe général ayant trait à l’indemnisation du préjudice purement économique. [Je souligne.]

Comme le fait remarquer le juge Mason, on disait que, selon sa formulation générale, la règle excluait toutes les réclamations, en matière de

absence of property loss or personal injury loss, to the plaintiff in question. The crucial factor of property damage to a third party that existed in the early cases fell completely out of the picture. Interestingly, the same evolution appears to have occurred with respect to the holding in *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303 (1927), in the United States, which I shall more fully discuss later. The result was that until 1963, it was generally felt that no recovery would lie for pure economic loss.

A new stage in the development of the law on economic loss opened with the great case of *Hedley Byrne v. Heller*, *supra*. The speeches of the Law Lords were principally concerned with the problem of liability for negligent words, rather than with the issue of economic loss itself. As Atiyah notes, the problems of liability for negligent misstatements and the problem of economic loss had become entangled before *Hedley Byrne* and with both problems arising again in that case, it is perhaps not surprising that in subsequent cases, the two issues have not always been completely distinguished: see Atiyah, "Negligence and Economic Loss" (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248; see also the discussion of *Hedley Byrne* in Stapleton, "Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249, at pp. 259-61.

Only two of the Lords in *Hedley Byrne*, Lord Hodson and Lord Devlin, dealt specifically with the issue of economic loss. Both rejected the broad exclusionary rule. It was clear that henceforth economic loss was recoverable at least in some circumstances. With *Hedley Byrne* to guide the way,

négligence, pour perte purement économique soit absolument soit subsidiairement, en l'absence de perte matérielle ou de perte due à une lésion corporelle subie par le demandeur en question. Le facteur crucial du dommage matériel causé à un tiers, qui existait dans les affaires anciennes, a été complètement éliminé de la scène. Ce qui est intéressant, c'est que la même évolution semble avoir eu lieu en ce qui concerne la décision dans l'affaire *Robins Dry Dock & Repair Co. c. Flint*, 275 U.S. 303 (1927), aux États-Unis, ce que j'étudierai plus en profondeur plus loin. Il en est résulté que, jusqu'en 1963, on estimait généralement qu'il ne pouvait y avoir indemnisation de la perte purement économique.

La grande affaire *Hedley Byrne c. Heller*, précitée, a marqué le début d'une nouvelle phase de l'évolution du droit en matière de perte économique. Les lords juges se sont principalement intéressés au problème de la responsabilité résultant de paroles négligentes, plutôt qu'à la question de la perte économique elle-même. Comme le fait observer Atiyah, les problèmes de la responsabilité en matière de renseignements inexacts fournis par négligence et le problème de la perte économique étaient devenus enchevêtrés avant l'arrêt *Hedley Byrne*, et vu que les deux problèmes se posaient de nouveau dans cette affaire, il n'est peut-être pas surprenant que, dans les affaires subséquentes, on n'ait pas toujours complètement distingué les deux questions l'une de l'autre: voir Atiyah, «Negligence and Economic Loss» (1967), 83 *L.Q. Rev.* 248; voir également l'analyse de l'arrêt *Hedley Byrne* dans Stapleton, «Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249, aux pp. 259 à 261.

Dans l'affaire *Hedley Byrne*, seulement deux des juges, lord Hodson et lord Devlin, ont traité expressément de la question de la perte économique. Tous les deux ont rejeté la règle d'exclusion de portée générale. Il était clair que dorénavant la perte économique pourrait donner lieu à indemnisation au moins dans certaines circonstances. Avec l'arrêt *Hedley Byrne* comme guide, la règle générale a été de plus en plus contestée dans

the broad rule came increasingly under attack in a variety of situations during this third phase.

Many recent cases on economic loss have approached the problem at a very high level of generality. They have addressed the question of whether we should abandon the broad rule altogether. Many examples of the broad interpretation of *Cattle* and the other early cases can be pointed to: see, for example, *Abramovic v. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 69 O.R. (2d) 487, at p. 492; *Kamloops (City of) v. Nielsen, supra*, at p. 28. My colleague, McLachlin J., I may say, interprets *Cattle* broadly in this manner, although she recognizes that the case dealt with relational losses.

The result of this broad approach is that cases on relational economic loss are bound up with other types of economic loss cases which raise different policy concerns. This leads to all types of economic loss cases being canvassed in order to resolve the case at hand. The judgment of the Court of Appeal in this case has been criticized for its undifferentiated approach to the issue of pure economic loss. Professor Feldthusen (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, writes, at p. 375:

The main effect of this scatter-gun approach is to obscure the state of the authorities on relational loss, and to present instead the accurate, but largely irrelevant, impression that recovery of economic loss is often allowed in negligence.

In the second phase, cases decided on the narrow facts of contractual relational economic loss had been interpreted very broadly to exclude liability for all pure economic loss. Now, it was argued, the rejection of the broad rule in cases like *Hedley Byrne* and *Rivtow* should eliminate the specificities of economic loss in all cases. Today CN urges us to extend this approach to include contractual relational economic loss cases.

de diverses situations pendant cette troisième phase.

Beaucoup de décisions récentes en matière de perte économique ont abordé le problème de manière très générale. Elles ont examiné la question de savoir si nous devrions abandonner la règle générale complètement. On peut souligner de nombreux exemples d'interprétation large de la décision *Cattle* et des autres décisions antérieures: voir, par exemple, *Abramovic c. Canadian Pacific Ltd.* (1989), 69 O.R. (2d) 487, à la p. 492; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, précité, à la p. 28. Ma collègue le juge McLachlin, pourrais-je dire, donne pareille interprétation large à la décision *Cattle*, bien qu'elle admette que l'affaire porte sur des pertes relationnelles.

Il résulte de cette approche générale que les cas de perte économique relationnelle sont liés à d'autres genres de cas de perte économique qui soulèvent des questions de principe différentes. Cela mène à un examen approfondi de tous les genres de cas de perte économique afin de statuer sur la présente affaire. Le jugement de la Cour d'appel en l'espèce a été critiqué en raison de sa façon trop générale d'aborder la question de la perte purement économique. Le professeur Feldthusen (1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, écrit, à la p. 375:

[TRADUCTION] Cette approche en tir dispersé a principalement pour effet d'embrouiller l'état de la jurisprudence au sujet de la perte relationnelle et de donner à la place l'impression précise, mais largement inutile, que l'indemnisation de la perte économique est souvent permise en matière de négligence.

Dans la deuxième phase, les affaires tranchées selon les faits stricts de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat avaient été interprétées très largement afin d'exclure la responsabilité pour toute perte purement économique. Maintenant, a-t-on soutenu, le rejet de la règle générale dans des affaires comme *Hedley Byrne* et *Rivtow* devrait éliminer les particularités de la perte économique dans tous les cas. Aujourd'hui, le CN nous presse d'étendre cette méthode de manière à inclure les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

In my view, the precedents support a distinct approach to the issue of contractual relational economic loss. The original exclusionary rule developed in such cases and was expressed in narrow terms. In addition, the recognition that *Cattle* stands for a narrow rule has never completely disappeared. Recent cases have referred to *Cattle* and the early cases as establishing the narrow rule: see the extracts from *Candlewood, supra*; *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785, at p. 809; *Murphy v. Brentwood District Council, supra*, at p. 485. Cases that frame and treat the question in terms of the narrow rule have generally upheld it. The major exception is *Caltex*, which I will discuss at length later.

The Decisions in this Court

The respondent, the courts below and McLachlin J. rely heavily on the decisions of this Court in the cases of *Rivtow* and *Kamloops*. The respondent argues that these cases refute the existence of a broad exclusionary rule. I agree but, in my view, both these cases belong to the second group of economic loss cases mentioned above in which the plaintiff claims for pure economic loss where the defendant has not caused damage to a third party's property. They are not directly relevant to contractual relational economic loss. There is nothing in those cases indicating that this Court considered that the narrow exclusionary rule was ill-advised. However, I find those cases particularly significant in the context of this case for the way in which the specific policy concerns raised in the particular case were addressed.

An examination of *Rivtow* reveals that the concern over indeterminate liability is only one among several policy issues that arise in economic loss cases. What is particularly instructive about *Rivtow*, rather than any wide *dicta* about proximity in economic loss cases, is the manner in which both judgments analyzed the policy considerations underlying the exclusionary rule. Of these, indeter-

À mon avis, la jurisprudence justifie une façon spécifique d'aborder la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. La règle d'exclusion initiale a été conçue dans des affaires de ce genre et elle était alors formulée de façon stricte. De plus, la reconnaissance du fait que la décision *Cattle* énonce une règle stricte n'a jamais disparu complètement. Certains arrêts récents désignent la décision *Cattle* et les autres décisions anciennes comme établissant la règle stricte; voir les extraits des arrêts *Candlewood, précité*, *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785, à la p. 809, *Murphy c. Brentwood District Council, précité*, à la p. 485. Les arrêts qui formulent la question et en traitent selon la règle stricte l'ont généralement maintenue. La principale exception est l'arrêt *Caltex* que j'examinerai en profondeur plus loin.

Les arrêts de notre Cour

L'intimée, les tribunaux d'instance inférieure et le juge McLachlin s'appuient fortement sur les arrêts de notre Cour *Rivtow* et *Kamloops*. L'intimée soutient que ces arrêts réfutent l'existence d'une règle d'exclusion de portée générale. J'en conviens, mais, à mon avis, ces deux arrêts se situent dans la deuxième catégorie de cas de perte économique susmentionnés, dans lesquels la réclamation du demandeur vise une perte purement économique lorsque le défendeur n'a causé aucun dommage matériel à un tiers. Ils ne se rapportent pas directement à la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Rien dans ces arrêts n'indique que notre Cour a jugé peu judicieuse la règle stricte d'exclusion. Toutefois, j'estime que ces arrêts sont particulièrement importants dans le contexte de la présente affaire pour la façon dont on a abordé les questions de principe soulevées précisément dans l'affaire en cause.

Il ressort d'un examen de l'arrêt *Rivtow* que la préoccupation que suscite la responsabilité indéterminée n'est que l'une parmi plusieurs questions de principe qui se posent dans les cas de perte économique. Ce qui est tout particulièrement instructif dans l'arrêt *Rivtow*, ce ne sont pas les opinions incidentes générales au sujet du lien étroit dans les cas de perte économique, mais la façon dont les

minate liability was only of secondary importance. The broad rule was qualified and recovery for economic loss upheld only after a searching examination of the functions the rule served in the type of case there in question.

In *Rivtow*, the plaintiff (appellant) chartered by demise a log barge, the *Rivtow Carrier*, fitted with two cranes designed and manufactured by the first defendant and for which the second defendant was the sole representative and distributor in British Columbia. Neither defendant was in a contractual relationship with Rivtow: see the facts as stated in the court below (1972), 26 D.L.R. (3d) 559 (B.C.C.A.), at p. 560. The manufacturer and distributor had become aware of structural defects in this type of crane as early as 1963, and certainly by late 1965 they were aware of many cracks in the legs of the cranes. They also knew that the plaintiff was using the cranes for the logging work but did not warn it of the potential danger.

On September 16, 1966, the aft crane of the *Straits Logger*, another barge fitted with the same type of crane, collapsed owing to a failure in the rear legs. It tore itself free of the front legs, fell to the deck and bounced into the ocean, killing the crane operator. The same day, the *Rivtow Carrier* was about to begin loading logs at Kitimat. Word was received of the *Straits Logger* accident, and the *Rivtow Carrier* was ordered to return empty to Vancouver. As a result, the barge had to be taken out of service for repairs in the busiest part of the logging season.

Rivtow sued for loss of the use of the barge during the repair period and for the cost of repairs to the cranes. Ritchie J., for the seven judges in the majority, held that the lower courts were right in disallowing the claim for repairs and for such eco-

deux jugements analysent les considérations de principe qui sous-tendent la règle d'exclusion. Parmi celles-ci, la responsabilité indéterminée avait seulement une importance secondaire. La règle générale a été limitée et l'indemnisation de la perte économique maintenue seulement après un examen rigoureux des fonctions que remplissait la règle dans le genre d'affaire dont il était alors question.

Dans l'affaire *Rivtow*, la demanderesse (appellante) était l'affrèteur en coque nue d'un chaland servant au transport du bois, le *Rivtow Carrier*, qui était muni de deux grues conçues et fabriquées par la première défenderesse, dont la deuxième défenderesse était le seul représentant et distributeur en Colombie-Britannique. Aucune des défenderesses n'entretenait un rapport contractuel avec Rivtow: voir les faits exposés en cour d'appel (1972), 26 D.L.R. (3d) 559 (C.A.C.-B.), à la p. 560. Le fabricant et le distributeur étaient devenus conscients de l'existence de vices de construction dans ce genre de grue dès 1963 et, à la fin de 1965, ils étaient certainement au courant de l'existence de nombreuses fissures dans les supports des grues. Ils savaient également que la demanderesse utilisait les grues pour charger des billes de bois, mais ils ne l'ont pas avertie du danger possible.

Le 16 septembre 1966, la grue située à l'arrière du *Straits Logger*, un autre chaland muni du même type de grue, s'est effondrée à cause d'une défaillance des supports arrière. Elle s'est détachée des supports avant, est tombée sur le pont et a rebondi dans l'océan, tuant ainsi le grutier. Le même jour, le *Rivtow Carrier* était sur le point de commencer le chargement de billes de bois à Kitimat. Après avoir entendu parler de l'accident du *Straits Logger*, on a donné au *Rivtow Carrier* l'ordre de rentrer à Vancouver sans chargement. Par conséquent, le chaland a dû être retiré du service pour subir des réparations durant la période de pointe de la saison de coupe du bois.

Rivtow a intenté une action pour perte d'usage du chaland pendant les réparations et pour les frais de réparation des grues. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom des sept juges formant la majorité, a statué que les tribunaux d'instance inférieure

conomic loss as it would in any event have sustained even if proper warning had been given. The full Court concurred with the part of Ritchie J.'s judgment that recognized a manufacturer's duty to warn of known dangerous defects and held the manufacturer liable for loss of extra profit caused by the failure to warn promptly in a slack period.

Two judges, dissenting in part, would have included in the allowable loss the cost of repair of the cranes on the ground that threatened physical harm should be treated in the same way as actual physical harm. Laskin J. (Hall J. concurring) specifically excluded general contractual relational loss. He stated, at pp. 1218-19:

... the doctrine of *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, which has been considered in this Court and has been applied in other Courts in Canada, shows that economic or pecuniary loss is not outside the scope of liability for negligence.

The present case is not of the *Hedley Byrne* type, as the reasons of my brother Ritchie show, but recovery for economic loss alone is none the less supported under negligence doctrine. It seems to me that the rationale of manufacturers' liability for negligence should equally support such recovery in the case where, as here, there is a threat of physical harm and the plaintiff is in the class of those who are foreseeably so threatened: see Fleming, *Law of Torts*, 4th ed., 1971, pp. 164-5, 444-5.

Support for such recovery in the present case will not lead to "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class", to borrow an often-quoted statement of the late Judge Cardozo in *Ultramares Corp. v. Touche* [255 N.Y. 170 (1931)], at p. 179. The pragmatic considerations which underlay *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* will not be eroded by the imposition of liability upon Washington as a negligent designer and manufacturer: cf. Fleming James, "Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal", (1972), 12 Jo.S.P.T.L. 105. Liability here will not mean that it

avaient eu raison de rejeter la réclamation pour les réparations et la perte économique que l'appelante aurait de toute façon subie même si elle avait été dûment avertie. La Cour au complet a souscrit à la partie des motifs du juge Ritchie qui reconnaissait que le fabricant a l'obligation d'avertir des vices dangereux connus et a statué que le fabricant est responsable de la perte de gain supplémentaire causée par l'omission d'avertir promptement au cours d'une période creuse.

Deux juges, qui étaient dissidents en partie, auraient inclus dans la perte admissible les frais de réparation des grues pour le motif que la menace de préjudice physique devrait être traitée de la même façon que le préjudice physique réel. Le juge Laskin (à l'opinion duquel a souscrit le juge Hall) a exclu expressément la perte relationnelle générale découlant d'un contrat. Il a déclaré, aux pp. 1218 et 1219:

... la doctrine énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, lequel a été considéré par cette Cour et appliqué dans d'autres Cours au Canada, montre que la perte économique ou pécuniaire n'est pas à l'extérieur du champ de la responsabilité pour négligence.

La présente affaire n'est pas du type *Hedley Byrne*, comme l'indiquent les motifs de mon collègue le Juge Ritchie, mais le recouvrement pour la perte économique seulement trouve néanmoins un appui dans la doctrine de la négligence. Il me semble que le principe de la responsabilité du fabricant pour négligence devrait également permettre ce recouvrement dans le cas où, comme en l'espèce, il y a menace de dommages physiques et le demandeur est dans la catégorie des personnes qui, peuvent prévoir, sont ainsi menacées: voir Fleming, *Law of Torts*, 4^e éd., 1971, pages 164-5, 444-5.

Appliquer pareil recouvrement dans la présente affaire ne conduira pas (traduction) «à une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l'égard d'une catégorie indéterminée», pour emprunter une déclaration fréquemment citée du défunt juge Cardozo dans l'arrêt *Ultramares Corp. v. Touche* [255 N.Y. 170 (1931)], p. 179. Les considérations pragmatiques qui sont à la base de l'arrêt *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* ne seront pas dévalorisées par l'imposition d'une responsabilité à Washington comme fabricant et concepteur négligent: cf. Fleming James, «Limitations on Liability for Economic Loss Caused by Negli-

must also be imposed in the case of any negligent conduct where there is foreseeable economic loss; a typical instance would be claims by employees for lost wages where their employer's factory has been damaged and is shut down by reason of another's negligence. The present case is concerned with direct economic loss by a person whose use of the defendant Washington's product was a contemplated one, and not with indirect economic loss by third parties, for example, persons whose logs could not be loaded on the appellant's barge because of the withdrawal of the defective crane from service to undergo repairs. It is concerned (and here I repeat myself) with economic loss resulting directly from avoidance of threatened physical harm to property of the appellant if not also personal injury to persons in its employ. [Emphasis added.]

As this passage makes clear, the *Rivtow* case involves significant policy considerations. The incursion into the broad rule is carefully justified on policy grounds. As Laskin J. notes, at p. 1222, "[t]he case is not one where a manufactured product proves to be merely defective (in short, where it has not met promised expectations) but rather one where by reason of the defect there is a foreseeable risk of physical harm from its use and where the alert avoidance of such harm gives rise to economic loss". In Laskin J.'s view, the courts must be careful to avoid giving redress in tort for "safe but shoddy" products. Where the products are unsafe, however, tort may have a role: prevention of threatened harm resulting directly in economic loss should not be treated differently from post-injury treatment. The narrow rule barring contractual relational economic loss is explicitly left intact.

gence: A Pragmatic Appraisal», (1972), 12 Jo.S.P.T.L. 105. La responsabilité ne signifiera pas ici qu'elle doit aussi être imposée dans tous les cas de conduite négligente où il y a perte économique prévisible; un cas typique serait les réclamations faites par les employés pour perte de salaire lorsque l'usine de leur employeur a été endommagée et est fermée par suite de la négligence d'une autre personne. Dans la présente affaire, il s'agit d'une perte économique directe subie par une personne dont l'usage du produit de la défenderesse Washington était prévu, et non d'une perte économique indirecte subie par un tiers, par exemple, des personnes dont les billes ne pouvaient pas être chargées sur le chaland de l'appelante à cause du retrait du service de la grue défectueuse pour y effectuer des réparations. Il s'agit (je me répète) d'une perte économique résultant directement de l'évitement de dommages physiques menaçant la propriété de l'appelante sinon aussi de l'évitement de blessures aux personnes à son service. [Je souligne.]

Comme le précise ce passage, l'affaire *Rivtow* fait intervenir d'importantes considérations de principe. L'incursion dans la règle générale est soigneusement justifiée par des motifs de principe. Comme le fait remarquer le juge Laskin, à la p. 1222, «[i]l ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle un produit fabriqué s'avère simplement défectueux (bref lorsqu'il n'a pas donné les résultats escomptés), mais plutôt d'une affaire dans laquelle, par suite du défaut, son usage comporte un risque prévisible de dommages physiques et dans laquelle le fait d'éviter prestement pareils dommages donne lieu à une perte économique». Selon le juge Laskin, les tribunaux doivent veiller à ne pas accorder de réparation fondée sur la responsabilité délictuelle pour des produits «sûrs mais de mauvaise qualité». Lorsque les produits ne sont pas sûrs, cependant, la responsabilité délictuelle peut jouer un rôle: la prévention de la menace de préjudice entraînant directement une perte économique ne devrait pas faire l'objet d'un traitement différent de celui dont fait l'objet la perte économique survenant après un préjudice. On s'est abstenu expressément de toucher à la règle stricte qui interdit l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

The majority's examination of the policy issues lead to a lesser incursion on the broad exclusionary rule. Ritchie J. wrote, at p. 1207:

Mr. Justice Tysoe's conclusion [in the B.C. Court of Appeal in the same case] was based in large measure on a series of American cases, and particularly *Trans World Airlines Inc. v. Curtiss-Wright Corp.* [148 N.Y.S. 2d 284 (1955)], where it is pointed out that the liability for the cost of repairing damage to the defective article itself and for the economic loss flowing directly from the negligence, is akin to liability under the terms of an express or implied warranty of fitness and as it is contractual in origin cannot be enforced against the manufacturer by a stranger to the contract. It was, I think, on this basis that the learned trial judge disallowed the appellant's claim for repairs and for such economic loss as it would, in any event, have sustained even if the proper warning had been given. I agree with this conclusion for the same reasons; but while this finding excludes recovery for damage to the article and economic loss directly flowing from Washington's negligence and faulty design, it does not exclude the additional damage occasioned by breach of the duty to warn of the danger.

Ritchie J., at pp. 1213-14, expressly considered whether the tort duty he imposed would have the effect of disrupting contractual relations:

In the present case there is no suggestion that liability should be based on negligent misrepresentation and to this extent the *Hedley Byrne* case is of no relevance. I refer to it for the sole purpose of indicating the view of the House of Lords that where liability is based on negligence the recovery is not limited to physical damage but extends also to economic loss. The case was recently distinguished in this Court in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.* [[1972] S.C.R. 769], where Pigeon J., speaking for the majority of the Court, said at p. 777:

Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be

L'examen des questions de principe par les juges formant la majorité a mené à une incursion moins importante dans la règle d'exclusion de portée générale. Le juge Ritchie écrit, à la p. 1207:

La conclusion de M. le Juge Tysoe [en Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la même affaire] était fondée en grande partie sur une série de précédents américains, l'arrêt *Trans World Airlines Inc. v. Curtiss-Wright Corp.* [148 N.Y.S. 2d 284 (1955)], en particulier, dans lequel on a indiqué que la responsabilité du coût de réparation du dommage subi par l'objet défectueux lui-même, et de la perte économique découlant directement de la négligence, ressemble à la responsabilité en vertu d'une garantie explicite ou implicite de bon état, et que puisque son origine est contractuelle, un tiers au contrat ne peut la faire valoir contre le fabricant. C'était, je crois, pour ce motif que le savant juge de première instance a rejeté la réclamation de l'appelante pour réparations et pour la perte économique qu'elle aurait de toute manière subie même si l'avertissement approprié avait été donné. Je souscris à cette conclusion pour les mêmes motifs; mais, bien que cette conclusion exclue le recouvrement pour les dommages causés à l'objet et pour la perte économique découlant directement de la négligence et de la mauvaise conception imputables à Washington, elle n'exclut pas les dommages supplémentaires occasionnés par le manquement à l'obligation d'avertir contre le danger.

Le juge Ritchie a examiné expressément, aux pp. 1213 et 1214, si l'obligation en matière délictuelle qu'il a imposée aurait eu pour effet de perturber les rapports contractuels:

En l'espèce présente, on n'a pas avancé que la responsabilité devrait être basée sur une déclaration inexacte faite par négligence et, dans cette mesure, l'arrêt *Hedley Byrne* ne s'applique aucunement. Je m'y reporte uniquement pour indiquer l'avis de la Chambre des Lords selon lequel quand la responsabilité est basée sur la négligence, le recouvrement ne se limite pas aux dommages physiques mais s'étend aussi aux pertes économiques. L'affaire *Hedley Byrne* a récemment été jugée espèce différente par cette Cour dans l'arrêt *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.* [[1972] R.C.S. 769], dans lequel le Juge Pigeon, parlant au nom de la majorité de la cour, a dit à la p. 777:

Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la

considered as “an independent tort” unconnected with the performance of that contract . . . This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them. ^a

In the present case, however, I am of opinion that the failure to warn was “an independent tort” unconnected with the performance of any contract either express or implied. ^b

However, because in Ritchie J.’s view the failure to warn was an independent tort, he considered that the plaintiffs should recover for the economic loss resulting from the inactivity of the barge for the period after the respondent became seized with the defects. ^c

The respondent CN submitted that, in Ritchie J.’s judgment in *Rivtow*, proximity was based on the defendants’ knowledge of the use of the cranes by Rivtow and on their potential danger, and that similar knowledge by Norsk should also give rise to proximity here. This argument fails to recognize that the defendants’ knowledge in *Rivtow* was pertinent with respect to a particular duty: the duty to warn. Because they knew about Rivtow as a specific user, they could have warned Rivtow. In the case at bar, Norsk had no opportunity to warn CN in any meaningful sense. ^d

In neither judgment in *Rivtow* does the plaintiff recover solely because the indeterminacy problem is solved. Rather, criteria are put forward which either logically impose particular duties on defendants (a duty to warn) or specify a particular type of damage to plaintiffs which raises specific concerns (a threat of physical damage raising safety concerns). The “threatened physical harm” criteria employed by Laskin J. serves to distinguish among plaintiffs those who were in a particular position with respect to a particular risk. The recent decision in *Murphy, supra*, appears to contest this distinction as too arbitrary. However, I think Laskin ^e

négligence imputée constitue un délit civil indépendant n’ayant aucun rapport avec l’exécution du contrat . . . En l’espèce, c’est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l’exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

En l’espèce présente, toutefois, je suis d’avis que l’omission d’avertir a été «un délit civil indépendant» n’ayant aucun rapport avec l’exécution d’un contrat exprès ou implicite. ^b

Toutefois, comme, selon le juge Ritchie, l’omission d’avertir constituait un délit civil indépendant, il a considéré que la demanderesse devrait se faire indemniser de la perte économique découlant de l’inactivité du chaland durant la période qui a suivi le moment où les intimées ont appris l’existence des défauts. ^c

La société intimée, le CN, a fait valoir que, dans le jugement rendu par le juge Ritchie dans l’affaire *Rivtow*, le lien étroit reposait sur la connaissance par les défenderesses de l’utilisation des grues par Rivtow et du danger possible qu’elles présentaient, et qu’une connaissance similaire de la part de Norsk devrait également engendrer un lien étroit en l’espèce. Cet argument ne reconnaît pas que la connaissance par les défenderesses dans *Rivtow* était pertinente en ce qui concernait une obligation particulière: l’obligation d’avertir. Comme elles savaient précisément que Rivtow était un usager, elles auraient pu l’avertir. Dans la présente affaire, Norsk n’a pas, à toutes fins utiles, eu la possibilité d’avertir le CN. ^d

Dans aucuns des motifs de jugement de l’affaire *Rivtow*, la demanderesse n’est indemnisée pour la seule raison que le problème de l’indétermination est réglé. On propose plutôt des critères qui imposent logiquement des obligations particulières aux défendeurs (l’obligation d’avertir) ou qui spécifient un type particulier de préjudice causé aux demandeurs qui engendre des préoccupations particulières (la menace de préjudice physique engendrant des préoccupations en matière de sécurité). Le critère fondé sur la «menace d’un dommage physique» employé par le juge Laskin sert à distinguer parmi les demandeurs ceux qui se trouvaient ^e

J.'s concern with safety and the prevention of further damage is justified. The duty to warn imposed by the majority serves to distinguish among defendants who could and should have warned, and those who could not. Furthermore, both judgments explicitly consider another policy issue: the impact of the imposition of tort liability on contractual relations. In addition, the criteria meet the test of indeterminate liability, but that stage of the analysis constitutes in some sense a second step, after the imposition of liability has been justified on grounds that legitimately distinguish particular groups of plaintiffs or particular groups of defendants.

The criteria put forward by CN in the present case respond only to the concern about indeterminate liability. The respondent has put forward 14 factors that create a "special relationship" making this case "unique". This surely provides the court with plenty of flexibility to distinguish future cases from this one. But no argument is presented as to why the uniqueness is relevant in terms of either deterring specific behaviour by the defendants or protecting a specific interest of the plaintiff different in nature from that of the typical contractual claimant.

CN argued that the passage in Ritchie J.'s judgment, at pp. 1211-12, called for a general revision of approach in contractual relational economic loss cases in terms of proximity. In my view, Ritchie J.'s suggestion is best interpreted as a call for a more differentiated analysis of economic loss cases such as the approach I am suggesting. He rightly questioned the broad interpretations given to *Cattle* and *Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243. On the facts before him he found, at p. 1212, that the broad rule has

dans une situation particulière relativement à un risque particulier. L'arrêt récent *Murphy*, précité, semble contester cette distinction pour le motif qu'elle est trop arbitraire. Cependant, je pense que le juge Laskin a raison de se soucier de la sécurité et de la prévention d'autres dommages. L'obligation d'avertir imposée par la Cour à la majorité sert à distinguer les défendeurs qui pouvaient et auraient dû avertir d'avec ceux qui ne le pouvaient pas. En outre, les deux jugements examinent expressément une autre question de principe: les conséquences de l'imposition d'une responsabilité délictuelle sur les rapports contractuels. De plus, les critères mis de l'avant ne donnent pas lieu à une responsabilité indéterminée, mais ce stade de l'analyse constitue en un certain sens une deuxième étape, après que l'imposition de la responsabilité a été justifiée pour des motifs qui distinguent légitimement des catégories particulières de demandeurs ou des catégories particulières de défendeurs.

Les critères proposés par le CN dans la présente affaire répondent uniquement au souci de la responsabilité indéterminée. L'intimée a énoncé 14 facteurs qui créent un «rapport spécial» rendant la présente affaire «exceptionnelle». Cela donnera sûrement à la cour la souplesse nécessaire pour distinguer les affaires à venir d'avec la présente. Mais on ne présente aucun argument expliquant pourquoi le caractère exceptionnel est pertinent pour dissuader les défendeurs d'adopter un comportement précis ou encore pour protéger un droit précis de la demanderesse qui soit de nature différente de celui du demandeur typique en vertu d'un contrat.

Le CN a soutenu que le passage tiré du jugement du juge Ritchie, aux pp. 1211 et 1212, exige une révision générale de la méthode à suivre, sur le plan du lien étroit, dans les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. À mon avis, la meilleure façon d'interpréter la suggestion du juge Ritchie consiste à la considérer comme un appel à une analyse plus différenciée des cas de perte économique comme la méthode que je propose. Il a contesté à juste titre les interprétations larges données aux arrêts *Cattle* et *Société ano-*

“no relevance in a case where liability flows from the manufacturer acquiescing in the continued use of an article which he knows to have become dangerous when used for the purpose for which it was intended, without giving warning to a known user of the article who is a stranger to the contract of sale”. He suggests that the notions of proximity and remoteness at the time *Cattle* and *Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts* were decided need reassessment in light of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), but he does not suggest that those cases were wrongly decided. His call is best interpreted as an invitation to reconsider the broad rule in the variety of situations in which it has been applied after careful consideration of the policy issues raised in each type of case.

MacGuigan J.A. in the court below ([1990] 3 F.C. 114) considered that Ritchie J.’s judgment, despite denying recovery, was very broad in opening up recovery for economic loss. He wrote as follows, at p. 151:

Despite the wider recovery he would have allowed, Laskin J. is much closer to the exclusionary rule than the majority because of his retention of the physical harm concept. For the majority, it seems that any economic loss which occurs apart from a relationship between the plaintiff and the tortfeasor is recoverable if there is a sufficient “proximity of relationship” between the two parties. In fact, the principle adopted by the majority is the corollary to that adopted by the majority in *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769. Ritchie J. quotes Pigeon J. in that case (at page 777) to the effect that “the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract”.

I am not certain what MacGuigan J.A. meant by the phrase “any economic loss which occurs apart from a [contractual] relationship between the plaintiff and the tortfeasor is recoverable if there is a sufficient ‘proximity of relationship’ between the two parties”. If he meant that an undifferentiated

nyme de remorquage à hélice c. Bennetts, [1911] 1 K.B. 243. D’après les faits qui lui ont été soumis, il a conclu, à la p. 1212, que la règle générale «ne s’applique pas à une affaire dans laquelle la responsabilité découle du fait que le fabricant a acquiescé à l’usage continu d’un objet qu’il sait être devenu dangereux lorsque utilisé pour la fin à laquelle il est destiné, sans avertir l’usager connu de l’objet qui est étranger au contrat de vente». Il laisse entendre que les notions de lien étroit et d’éloignement qui avaient cours à l’époque où ont été rendus les arrêts *Cattle* et *Société anonyme de remorquage à hélice c. Bennetts* doivent être réévaluées à la lumière de l’arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), mais il ne laisse pas entendre que ces arrêts sont mal fondés. Il s’agit bien d’une invitation à réexaminer la règle générale dans les diverses situations où elle a été appliquée après un examen minutieux des questions de principe soulevées dans chaque genre d’affaire.

Le juge MacGuigan de la Cour d’appel ([1990] 3 C.F. 114) a considéré que le jugement du juge Ritchie, tout en refusant l’indemnisation, était très général puisqu’il ouvrait la voie à l’indemnisation de la perte économique. Il écrit ceci, à la p. 151:

Malgré l’indemnité plus élevée qu’il aurait accordée, le juge Laskin se situe plus près de la règle d’exclusion que les juges formant la majorité parce qu’il retient la notion de dommage physique. Pour les juges formant la majorité, il semble que tout préjudice financier qui survient indépendamment d’un lien entre le demandeur et l’auteur de l’acte délictueux peut donner lieu à indemnisation s’il y a un «lien suffisamment étroit» entre les deux parties. De fait, le principe adopté par les juges formant la majorité est le corollaire de celui qui a été adopté par les juges formant la majorité dans l’arrêt *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769. Le juge Ritchie cite le juge Pigeon, qui déclare dans cette affaire-là (à la page 777) que «Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l’affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s’appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat».

Je ne suis pas certain de ce que le juge MacGuigan a voulu dire quand il a affirmé «tout préjudice financier qui survient indépendamment d’un lien [contractuel] entre le demandeur et l’auteur de l’acte délictueux peut donner lieu à indemnisation s’il y a un «lien suffisamment étroit» entre les deux

Hedley Byrne type approach should govern all cases of economic loss other than those that arise between contracting parties, I respectfully disagree with his interpretation of Ritchie J.'s judgment. To say that *Hedley Byrne* does not apply to cases between contracting parties is not the same thing as saying the *Hedley Byrne* test applies to all cases other than cases between contracting parties.

I turn now to *Kamloops, supra*. The issue there was whether a municipality can be held liable for negligence in failing to prevent the construction of a house with defective foundations by a purchaser who took without notice either of the state of the foundations or of the inadequacy of the municipal surveillance. Recovery was ultimately allowed on a statutory basis. The judgment of MacGuigan J.A. recognized that neither the result nor the reasons are therefore directly relevant to the case at bar. Nevertheless, it seemed to him that both the thrust and the tone of what the Court did militated against an absolute exclusionary rule. If he was referring to a broad absolute exclusionary rule, I agree. I cannot agree, however, that the judgment of Wilson J. can be interpreted as contesting the existence of the narrow exclusionary rule.

Wilson J. for the majority extensively surveyed the cases on recovery for pure economic loss since the municipality argued that the economic loss in the case was analogous to the cost of repairs to the crane which was expressly disallowed by the majority in *Rivtow*. Wilson J. acknowledged, at p. 33, that "the majority judgment of this Court in *Rivtow* stands until such time as it may be reconsidered by a full panel of the Court".

She distinguished *Rivtow* on at least two grounds: (1) *Rivtow* was a lawsuit between private litigants as compared with a claim against a public

parties». S'il a voulu dire qu'une méthode uniforme de type *Hedley Byrne* devrait régir tous les cas de perte économique autres que ceux qui prennent naissance entre des parties contractantes, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord avec son interprétation du jugement du juge Ritchie. Dire que l'arrêt *Hedley Byrne* ne s'applique pas aux affaires qui prennent naissance entre parties contractantes ne revient pas à affirmer que la règle énoncée dans l'arrêt *Hedley Byrne* s'applique à toutes les affaires autres que celles qui prennent naissance entre parties contractantes.

Je passe maintenant à l'arrêt *Kamloops*, précité. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si une municipalité peut être tenue responsable de négligence pour ne pas avoir empêché la construction d'une maison reposant sur des fondations défectueuses par une personne qui l'a achetée sans être avisée de l'état des fondations ou de l'insuffisance de la surveillance municipale. L'indemnisation a finalement été accordée en se fondant sur des dispositions législatives. Dans son jugement, le juge MacGuigan a reconnu que, par conséquent, ni le dispositif ni les motifs ne se rapportent directement à l'affaire en cause. Néanmoins, il lui semblait que la portée et le ton de ce qu'a fait la Cour militaient effectivement contre une règle d'exclusion absolue. S'il faisait référence à une règle d'exclusion absolue de portée générale, je suis d'accord. Je ne puis admettre, cependant, que l'on puisse interpréter le jugement du juge Wilson comme contestant l'existence d'une règle stricte d'exclusion.

Le juge Wilson a, au nom de la majorité, examiné attentivement les affaires concernant l'indemnisation d'une perte purement économique, étant donné que la municipalité soutenait que la perte économique en l'espèce était analogue aux frais de réparation de la grue que la Cour à la majorité a refusés expressément dans l'affaire *Rivtow*. Le juge Wilson a reconnu, à la p. 33, que «cette Cour est liée par le jugement de la majorité dans l'arrêt *Rivtow* jusqu'à ce que la Cour siégeant au complet ait l'occasion de réétudier la question».

Elle a fait une distinction d'avec l'arrêt *Rivtow* pour au moins deux raisons: (1) dans l'affaire *Rivtow*, il s'agissait d'une action entre parties privées

authority for breach of a private-law duty of care arising under a statute; (2) “there are no contractual overtones to this case as there were in *Rivtow*” (at p. 34).

Wilson J. recognized the key role of concerns about the interaction of tort and contract. At page 34, she states:

... I tend to think that the problem of concurrent liability in contract and tort played a major role in the restrictive approach taken by the majority in *Rivtow* and that, as in the case of *Hedley Byrne*, we will have to await the outcome of a developing jurisprudence around that decision also. . . .

It is notable that both of the distinguishing factors in *Rivtow* are present in the case at bar.

Wilson J.’s judgment is also finely attuned to the specific policy issues raised by public authority liability cases which are very different from those raised in the present case. A number of key factors must exist before liability is found: the statute has to create a private law duty to the plaintiff alongside the public law duty; the loss must not result from a policy decision made by the public authority in the *bona fide* exercise of its discretion. She specifically emphasizes that economic loss will only be recoverable if as a matter of statutory interpretation it is a type of loss the statute intended to guard against. She also recognized the policy reasons for recognizing liability in the following passage, at p. 35:

It seems to me that recovery for economic loss on the foregoing basis accomplishes a number of worthy objectives. It avoids undue interference by the courts in the affairs of public authorities. It gives a remedy where the legislature has impliedly sanctioned it and justice clearly requires it. It imposes enough of a burden on public authorities to act as a check on the arbitrary and negligent discharge of statutory duties. For these rea-

comparativement à une réclamation visant un organisme public, portant sur un manquement par l’organisme à une obligation de diligence qui relève du droit privé et qui découle d’une loi, (2) «il n’y a pas d’apparence de contrat en l’espèce comme il y en avait dans l’affaire *Rivtow*» (à la p. 34).

Le juge Wilson a reconnu le rôle clé des préoccupations que suscite l’interaction entre le délit et le contrat. Elle déclare, à la p. 34:

... je suis portée à croire que la responsabilité simultanée en matières contractuelle et délictuelle a joué un rôle important dans l’attitude restrictive adoptée par la majorité dans l’arrêt *Rivtow* et que, comme dans l’arrêt *Hedley Byrne*, il nous faudra attendre de voir dans quel sens ira l’évolution de la jurisprudence qui se développe autour de cette décision . . .

On peut noter que les deux facteurs distinctifs énoncés dans l’arrêt *Rivtow* sont présents en l’espèce.

Le jugement du juge Wilson s’accorde admirablement avec les questions de principe précises que soulèvent les cas de responsabilité d’un organisme public et qui sont très différentes de celles qui se posent en l’espèce. Il doit exister un certain nombre de facteurs clés pour conclure à la responsabilité: la loi doit créer une obligation de droit privé envers le demandeur parallèlement à l’obligation de droit public; la perte ne doit pas découler d’une décision de principe prise par l’organisme public dans l’exercice normal de son pouvoir discrétionnaire. Elle souligne tout particulièrement le fait que la perte économique ne donnera lieu à indemnisation que si, selon l’interprétation de la loi, il s’agit d’un type de perte que la loi vise à prévenir. Elle a également admis les raisons de principe de reconnaître l’existence de la responsabilité dans le passage suivant, à la p. 35:

Il me semble que l’indemnisation de la perte financière aux conditions qui précèdent répond à un certain nombre d’objectifs valables. Elle permet d’éviter l’intervention indue des cours dans les affaires des autorités publiques. Elle fournit un redressement lorsque le législateur l’a implicitement sanctionné et que la justice l’exige clairement. Elle impose aux autorités publiques une obligation suffisamment astreignante de réprimer

sons I would permit recovery of the economic loss in this case. [Emphasis added.]

Recognizing a duty in statutory authorities has the salutary effect of placing some incentive on public authorities to discharge their statutory duties properly; see also *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259. No similar effect results from imposing a duty in this case.

CN asserts that in *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466, and *Kamloops*, all of which involved economic loss, the ascertained or limited class test was used. It is true that in addition to the just mentioned factors which serve to control liability, Wilson J. established a limited class of plaintiffs test in *Kamloops*. At page 35, she stated: "The plaintiff has to belong to the limited class of owners or occupiers of the property at the time the damage manifests itself." The class of plaintiffs test is not defined here in terms of foreseeability of a limited class or of a particular plaintiff. Rather, the test is framed to allow protection of certain interests and not others. Specifically, it excludes contractual relational claimants. Recovery for economic loss is explicitly limited to owners and occupiers. Whether the limited class test makes sense in policy terms in cases of contractual relational economic loss will be addressed below. It is surely relevant that the only economic loss case in this Court that involved an accident established a "limited class" test that unequivocally excluded all contractual claimants.

My understanding of the foregoing cases is also supported by the majority judgment of Estey J. in *Hofstrand Farms*, *supra*. In that case a courier company had contracted with the province of British Columbia to deliver an envelope which,

l'exercice fautif et arbitraire des fonctions prévues par la loi. Pour ces motifs, je suis d'avis d'autoriser l'indemnisation de la perte financière en l'espèce. [Je souligne.]

a Le fait de reconnaître une obligation aux autorités légales a pour effet bénéfique d'inciter en quelque sorte les autorités publiques à exercer correctement leurs fonctions légales; voir également *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259. En l'espèce, b l'imposition d'une obligation n'a pas d'effets similaires.

Le CN affirme que, dans les arrêts *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466, et *Kamloops*, qui ont tous trait à une perte économique, on a eu recours au critère de la catégorie déterminée ou limitée. Il est vrai qu'en plus des facteurs qui viennent d'être mentionnés et qui servent à vérifier la responsabilité, le juge Wilson a établi, dans *Kamloops*, le critère de la catégorie limitée de demandeurs. À la page 35, elle déclare: «Le demandeur doit appartenir à la catégorie limitée des propriétaires ou occupants de la propriété au moment où le dommage se manifeste.» Le critère de la catégorie de demandeurs n'est pas défini ici en fonction de la prévisibilité d'une catégorie limitée ou d'un demandeur particulier. Le critère est plutôt formulé de manière à protéger certains droits et non d'autres. Plus particulièrement, il exclut les auteurs de réclamations pour perte relationnelle découlant d'un contrat. L'indemnisation de la perte économique est limitée expressément aux propriétaires et aux occupants. Quant à la question de savoir si le critère de la catégorie limitée a du sens sur le plan des principes dans les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, nous l'aborderons plus loin. Il est sûrement utile de noter que, dans la seule affaire de perte économique qui a été soumise à notre Cour et qui comportait un accident, on a établi un critère de «catégorie limitée» qui excluait clairement et nettement tous les réclamants en vertu d'un contrat.

Mon interprétation des arrêts qui précèdent s'appuie également sur les motifs majoritaires du juge Estey dans l'affaire *Hofstrand Farms*, précitée. Dans cette affaire, une compagnie de messageries avait conclu un contrat avec la province de la

unknown to the courier, contained a Crown grant which it was imperative that the proposed recipient register by a particular date. Through the carelessness of the courier in not delivering the envelope in a timely way, it was not received by that date, and Hofstrand Farms Ltd. sued the courier. The trial judge found the courier had no duty to the recipient but the British Columbia Court of Appeal held it was liable. In its view, the recipient belonged to a "known limited class", likely to be affected by the courier's carelessness. This Court unanimously reversed the decision. In the course of his reasons, Estey J. clearly underlined the different policy concerns that underpinned cases like *Rivtow* (which he categorized as a products liability case) and *Hedley Byrne* and *Kamloops* (which he viewed as cases involving reasonable reliance respecting the provision of services) from the case before him. He understood the desirability of affording redress where reasonable and workable limits to liability could be found in the types of cases mentioned, and I have no doubt there are others. At the same time, he underlined the need of clearly defined limits for limiting indeterminate liability. But except for cases that could be confined within workable limits, he underlined the need for a clear pragmatic rule against indeterminate liability. He stated, at p. 243:

No doubt the courts of this country will continue to search for reasonable and workable limits to the liability of a negligent supplier of manufactured products or services, to the liability of a negligent contractor for contractual undertakings owed to others, and to the liability of persons who negligently make misrepresentations. In this search courts will be vigilant to protect the community from damages suffered by a breach of the "neighbourhood" duty. At the same time, however, the realities of modern life must be reflected by the enunciation of a defined limit on liability capable of practical application, so that social and commercial life can go on

Colombie-Britannique pour livrer une enveloppe qui, à l'insu de cette compagnie, contenait une concession de Sa Majesté que le destinataire concerné devait absolument faire enregistrer avant une date précise. En raison de la négligence dont a fait preuve le service de messageries en ne livrant pas l'enveloppe à temps, celle-ci a été reçue après cette date et Hofstrand Farms Ltd. a intenté une poursuite contre le service de messageries. Le juge de première instance a conclu que le service de messageries n'avait aucune obligation envers le destinataire, mais la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a jugé responsable. À son avis, le destinataire appartenait à une «catégorie limitée connue», susceptible d'être touchée par la négligence du service de messageries. Notre Cour a infirmé à l'unanimité cette décision. Dans le cadre de ses motifs, le juge Estey a souligné clairement les préoccupations de principe qui sous-tendaient des arrêts comme *Rivtow* (qu'il a qualifié d'arrêt portant sur la responsabilité du fabricant) et *Hedley Byrne* et *Kamloops* (qu'il a considérés comme portant sur la confiance raisonnable concernant la prestation de services) et qui différaient de celles suscitées dans l'affaire dont il était saisi. Il estimait qu'il était souhaitable d'accorder un redressement lorsqu'on pouvait trouver des limites raisonnables et pratiques à la responsabilité dans les genres d'affaires mentionnées, et je ne doute nullement qu'il y en ait d'autres. En même temps, il a souligné qu'il fallait des limites clairement définies pour restreindre la responsabilité indéterminée. Mais, à l'exception des affaires qui pouvaient être assujetties à des limites pratiques, il a souligné qu'il était nécessaire d'avoir une règle claire et pragmatique interdisant la responsabilité indéterminée. Il déclare, à la p. 243:

Les tribunaux de notre pays continueront indubitablement de chercher des limites raisonnables et pratiques à la responsabilité d'un fournisseur négligent de produits manufacturés ou de services, à la responsabilité d'un entrepreneur négligent à l'égard d'engagements contractuels envers d'autres personnes, et à la responsabilité de personnes qui font de fausses déclarations par négligence. Dans cette recherche, les tribunaux veilleront à protéger la collectivité contre les dommages subis par suite d'une violation de l'obligation de «lien étroit». Mais en même temps, l'énoncé d'une limite précise de responsabilité, qui soit susceptible d'application pra-

unimpeded by a burden outweighing the benefit to the community of the neighbourhood historic principle. [Emphasis added.]

In sum, I consider that precedent and policy justify an approach that focuses on the specific question of contractual relational economic loss. In addition, recourse to comparative law reveals that other legal systems have also isolated these cases as presenting specific problems.

The United States Experience

In the United States, contractual relational economic loss cases are dealt with under the rubric of negligent interference with contractual relations, a less barbarous but perhaps less accurate name; see Feldthusen, *Economic Negligence*, *supra*, at p. 201.

The leading United States case in this area is *Robins Dry Dock*, *supra*. There the time charterer of a steamship sued for profits lost when the defendant dry dock negligently damaged the vessel's propeller. The propeller had to be replaced, thus extending by two weeks the time the vessel was laid up in dry dock. The charterer sued for the loss of use of the vessel for that period. The Supreme Court denied recovery to the charterer. Holmes J. wrote as follows, at p. 309:

... no authority need be cited to show that, as a general rule, at least, a tort to the person or property of one man does not make the tortfeasor liable to another merely because the injured person was under a contract with that other, unknown to the doer of the wrong. ... The law does not spread its protection so far.

Holmes J. relied notably on the earlier English case of *Elliott Steam Tug Co. v. Shipping Controller*, [1922] 1 K.B. 127, referred to in the extract

tique, doit refléter les réalités de la vie moderne, de sorte que les activités sociales et commerciales puissent se poursuivre sans être gênées par un fardeau qui importe plus que l'avantage que représente pour la collectivité le principe historique du lien étroit. [Je souligne.]

Somme toute, je considère que la jurisprudence et des raisons de principe justifient l'adoption d'une méthode qui met l'accent sur la question précise de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. De plus, le recours au droit comparé révèle que d'autres systèmes juridiques ont également identifié ces cas comme présentant des problèmes particuliers.

L'expérience américaine

Aux États-Unis, les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat sont traités sous la rubrique de l'ingérence par négligence dans des rapports contractuels, une appellation moins barbare mais peut-être moins exacte; voir Feldthusen, *Economic Negligence*, *op. cit.*, à la p. 201.

La décision américaine qui fait autorité en la matière est l'arrêt *Robins Dry Dock*, précité. Dans cette affaire, l'affrèteur à temps d'un navire a engagé des poursuites pour la perte de profits subie lorsque l'hélice du navire a été endommagée par négligence dans le bassin de radoub de la défenderesse. L'hélice a dû être remplacée, ce qui a prolongé de deux semaines la période de mise en cale sèche du navire. L'affrèteur a engagé des poursuites pour la perte d'usage du navire pendant cette période. La Cour suprême a refusé l'indemnisation de l'affrèteur. Le juge Holmes écrit ce qui suit, à la p. 309:

[TRADUCTION] ... il n'est pas nécessaire de citer une source pour montrer qu'en général, au moins, le dommage matériel ou la lésion corporelle que subit une personne ne rendent pas l'auteur du délit responsable envers une autre personne simplement parce que la personne lésée était liée par un contrat avec cette autre personne qui n'était pas connue de l'auteur du délit. [...] Le droit n'étend pas sa protection aussi loin.

Le juge Holmes s'est fondé notamment sur le vieil arrêt anglais *Elliott Steam Tug Co. c. Shipping Controller*, [1922] 1 K.B. 127, mentionné dans

from *Candlewood* reproduced above. I should also note here that the fact that the tortfeasor is unaware of the contract is not of central importance: as noted in the *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, section 766C, it is more likely the character of the contract itself that has led the courts to refuse to give it protection against negligent interference.

Holmes J.'s opinion broke no new ground; it applied a principle then settled in both the United States and England, that refused recovery for negligent interference with contractual rights. In a remarkable parallel development to that experienced by Anglo-Canadian law, the *Robins* decision, which barred recovery in a contractual relational economic loss case, was extended to a broad holding precluding recovery of economic loss in the absence of physical damage to the plaintiff. There was a lively movement in the United States in the 1920s and 1930s, mostly among commentators, to expand recovery for indirect economic loss in a way that would bring it more closely into line with the law governing physical injury; see James, "Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal" (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 105. The failure of this movement to gain momentum takes on added significance when it is placed in the context of the vast extension in the law of negligence that has occurred in the United States. The decision in *Robins Dry Dock* itself took place 11 years after Cardozo J.'s opinion in *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (1916), had shattered the doctrine of privity.

A searching re-examination of the scope and rationale of *Robins* took place in the recent case of *State of Louisiana v. M/V Testbank*, *supra*. The court there referred to the earlier doctrinal debate and noted, at p. 1023, that "[t]he push to delete the restrictions on recovery for economic loss lost its support and by the early 1940's had failed". In *Testbank*, two vessels collided in the Mississippi

l'extrait de l'arrêt *Candlewood* reproduit plus haut. Je ferai également remarquer ici que le fait que l'auteur du délit ne soit pas au courant du contrat n'est pas d'une importance capitale: tel que souligné à l'article 766C du *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, c'est plus probablement la nature du contrat lui-même qui a amené les tribunaux à refuser la protection contre l'ingérence par négligence.

En émettant cette opinion, le juge Holmes n'a pas fait œuvre de pionnier; il a appliqué un principe alors établi tant aux États-Unis qu'en Angleterre, qui interdisait l'indemnisation pour atteinte par négligence à des droits découlant d'un contrat. Dans une remarquable évolution parallèle à celle du droit anglo-canadien, l'arrêt *Robins*, qui excluait l'indemnisation dans le cas d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat, a été étendu à une théorie générale interdisant l'indemnisation d'une perte économique en l'absence d'un dommage matériel subi par le demandeur. Il y a eu un important courant doctrinal aux États-Unis, au cours des années 20 et 30, principalement parmi les commentateurs, qui prônait l'indemnisation de la perte économique indirecte d'une manière qui la rapprocherait davantage du droit régissant le préjudice physique; voir James, «Limitations of Liability for Economic Loss Caused by Negligence: A Pragmatic Appraisal» (1972), 12 *J.S.P.T.L.* 105. Le fait que cette tendance ne se soit pas imposée prend une importance supplémentaire lorsqu'on la situe dans le contexte de la grande expansion du droit relatif à la négligence, survenue aux États-Unis. L'arrêt *Robins Dry Dock* a lui-même été rendu 11 ans après que l'opinion exprimée par le juge Cardozo, dans *MacPherson c. Buick Motor Co.*, 217 N.Y. 382 (1916), eut fait éclater la théorie du lien de droit contractuel.

On a procédé à un réexamen rigoureux de la portée et du principe de l'arrêt *Robins* dans la décision récente *State of Louisiana c. M/V Testbank*, précitée. Dans cette affaire, la cour a considéré les arguments du courant doctrinal que j'ai mentionné et a fait remarquer, à la p. 1023, que [TRADUCTION] «[l]'incitation à abolir les restrictions apportées à l'indemnisation de la perte économique a perdu

River Gulf Outlet. A large quantity of toxic chemicals was lost overboard one of the ships and, fearing great contamination, the authorities closed the outlet to navigation for about 20 days. Fishing, the catching of shrimp and other related activities were also suspended for a short while in a surrounding area of about 400 square miles. Forty-one lawsuits were filed and eventually consolidated. The plaintiffs came under a number of fairly distinct categories, namely: commercial fishermen, recreational fishermen, operators of marinas, bait and tackle shops, cargo terminal operators, restaurants, etc. The trial court dismissed all the claims except those of the commercial fishermen. A panel of the Court of Appeals affirmed but, in light of the importance of the issue, the case was reheard by the entire 15-judge Fifth Circuit.

The opinions thoroughly canvassed the relevant American law. What is most striking about them is that both the majority and minority agreed that *Robins* made eminent sense in its own particular fact situation. Where they differed was in the breadth they considered the *Robins* rule to have. As colourfully put, at p. 1021: "The meaning of *Robins Dry Dock v. Flint* . . . (Holmes, J.) is the flag all litigants here seek to capture." The majority concluded that the *Robins* rule should be upheld in its broad rule version to exclude all claims for economic loss in the absence of physical injury to the plaintiff. At page 1021, it stated:

After extensive additional briefs and oral argument, we are unpersuaded that we ought to drop physical damage to a proprietary interest as a prerequisite to recovery for economic loss. To the contrary, our reexamination of the

son appui et avait disparu au début des années 40». Dans l'affaire *Testbank*, deux navires étaient entrés en collision à l'embouchure du fleuve Mississippi. Une quantité considérable de produits chimiques toxiques s'était échappée de l'un des navires et, craignant une importante contamination, les autorités ont fermé l'embouchure à la navigation pendant une vingtaine de jours. La pêche, la prise des crevettes et d'autres activités connexes ont également été suspendues pendant une courte période dans un secteur environnant de près de 400 milles carrés. Quarante et une poursuites judiciaires ont été intentées et finalement réunies. Les demandeurs entraient dans un certain nombre de catégories passablement distinctes, notamment: pêcheurs commerciaux, pêcheurs sportifs, exploitants de marinas, boutiques d'appâts et d'articles de pêche, exploitants de gares de fret, restaurants, etc. La cour de première instance a rejeté toutes les demandes sauf celles des pêcheurs commerciaux. Une formation de la Court of Appeals a confirmé cette décision, mais, compte tenu de l'importance de la question, l'affaire a été instruite de nouveau par l'ensemble des 15 juges de la Fifth Circuit Court.

Dans les motifs du jugement, on a examiné à fond le droit américain pertinent. Ce qui frappe le plus dans ces motifs, c'est que les juges formant la majorité et ceux formant la minorité ont convenu que l'arrêt *Robins* est éminemment logique selon ses propres faits. Ils ne s'entendaient pas cependant sur la portée qu'avait, selon eux, la règle de l'arrêt *Robins*. Comme on le mentionne dans un style coloré, à la p. 1021, [TRADUCTION] «[L]e sens de l'arrêt *Robins Dry Dock c. Flint* [. . .] (le juge Holmes) est le drapeau que toutes les parties au présent litige cherchent à saisir.» Les juges formant la majorité ont conclu que la règle de l'arrêt *Robins* devrait être maintenue dans sa version générale afin d'exclure toutes les demandes d'indemnisation d'une perte économique en l'absence de préjudice physique causé au demandeur. À la page 1021, ils déclarent:

[TRADUCTION] Après avoir entendu la plaidoirie et avoir examiné des dossiers supplémentaires approfondis, nous ne sommes pas convaincus que nous devrions laisser tomber l'atteinte physique à un droit de propriété

history and central purpose of this pragmatic restriction on the doctrine of foreseeability heightens our commitment to it. Ultimately we conclude that without this limitation foreseeability loses much of its ability to function as a rule of law.

In a judgment concurring with the majority, Garwood J., at p. 1035, underlined the insufficiency of the proximate cause, foreseeability and remoteness formulations to “alone provide an adequate guide for distinguishing, on a normative, pre-event basis, between the classes of cases in which recovery will be allowed and those in which it will not” (emphasis added).

The minority disagreed as to the scope of the *Robins* rule and consequently as to its application to the facts of the case. In essence, it considered that *Robins* excluded only contractual relational economic loss. The minority recognized the “sound reasons” underlying the narrow formulation of the *Robins* rule and did not contest its applicability where the claim is derived solely through contract with an injured party (at p. 1039):

Courts recognize that once they permit recovery for economic loss to parties linked in a serial chain of contracts, defining a stopping point becomes nearly impossible.

Recognizing that perfect compensation is not possible since losses are widely disseminated, the minority accepted that the bright line test of *Robins* made good sense. It is notable that both the majority and the minority opinions in *Testbank* recognized the existence and rationale of the exclusionary rule with respect to contractual relational economic loss. Where the minority dis-

comme condition préalable à l'indemnisation d'une perte économique. Au contraire, notre réexamen de l'historique et de l'objet principal de cette restriction pragmatique de la théorie de la prévisibilité accroît notre engagement à son égard. En fin de compte, nous concluons que, sans cette restriction, la prévisibilité perd beaucoup de sa capacité de fonctionner comme une règle de droit.

Dans des motifs concordant avec ceux des juges formant la majorité, le juge Garwood a souligné, à la p. 1035, que les formulations de la cause immédiate, de la prévisibilité et de l'éloignement du dommage ne suffisent pas à [TRADUCTION] «fournir à elles seules un guide adéquat pour établir une distinction, sur une base normative préalable à l'événement, entre les catégories d'affaires dans lesquelles l'indemnisation sera permise et celles dans lesquelles elle ne le sera pas» (je souligne).

Les juges formant la minorité n'étaient pas d'accord sur la portée de la règle de l'arrêt *Robins* et, par conséquent, sur son application aux faits de l'espèce. Essentiellement, ils considéraient que l'arrêt *Robins* excluait seulement l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Les juges formant la minorité ont reconnu les «raisons solides» qui sous-tendent la formulation stricte de la règle de l'arrêt *Robins* et n'ont pas contesté son applicabilité là où la demande d'indemnisation tire son origine uniquement d'un contrat conclu avec la partie lésée (à la p. 1039):

[TRADUCTION] Les tribunaux reconnaissent qu'une fois qu'ils permettent à des parties liées par une série de contrats d'être indemnisées d'une perte économique, il devient presque impossible de fixer un point où s'arrêter.

Reconnaissant que l'indemnisation parfaite n'est pas possible parce que les pertes sont très dispersées, les juges formant la minorité ont accepté que le critère de la démarcation très nette énoncé dans l'arrêt *Robins* avait du bon sens. Il est remarquable que, dans l'arrêt *Testbank*, tant les juges formant la majorité que ceux formant la minorité ont admis l'existence et le principe de la règle d'exclusion en ce qui concerne la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Le point sur lequel les juges formant la minorité ne partageaient pas

agreed with the majority was in the extension of *Robins* to exclude non-contractual claimants.

As noted, the *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, devotes section 766C to the narrow question of negligent interference with contract or prospective contractual relations. The comment notes that although a number of cases scattered through the years have allowed recovery, no general recognition of liability exists for negligent interference with an existing contract or with a prospective contractual relation. The Restatement rule unconditionally excludes recovery for pure economic loss that results from negligent interference with a third person's performance of his or her contract with the plaintiff, with the plaintiff's performance of his or her own contract or with the plaintiff's acquisition of prospective contractual relations.

Civil Law Systems

Since my colleagues have also supported their conclusions by forays into comparative law, and notably their understanding of the civil law experience, I find it necessary to enter into some discussion of that experience. I say at the outset that it does not seem to me to provide as much comfort for my colleagues' views as they seem to derive from it.

It is undeniable that not all legal systems have isolated cases like the present as presenting specific problems. Some civil law systems do not apply any particular rules either to pure economic loss cases or to contractual relational economic loss cases. The opinions of my colleagues in this case particularly rely on the law of France and Quebec. The argument from French and Quebec law is really about the floodgates argument. Since those systems allow recovery for pure economic loss without breaking down, the argument goes, we should not be deterred by floodgates arguments: see Jutras, "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, at p. 310. In my opinion the relevant

l'opinion de ceux formant la majorité, était l'extension de l'arrêt *Robins* de manière à exclure les auteurs de réclamations non fondées sur un contrat.

Comme je l'ai déjà mentionné, le *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, consacre son article 766C à la question stricte de l'ingérence par négligence dans un contrat ou dans des rapports contractuels éventuels. Dans ce commentaire, on souligne que, même si au fil des ans, il y a eu un certain nombre de cas où on a permis l'indemnisation, il n'y a aucune reconnaissance générale de l'existence d'une responsabilité pour ingérence par négligence dans un contrat existant ou dans un rapport contractuel éventuel. La règle énoncée dans le Restatement exclut inconditionnellement l'indemnisation de la perte purement économique qui découle de l'ingérence par négligence dans l'exécution par un tiers d'un contrat qu'il a conclu avec le demandeur, dans l'exécution de son propre contrat par le demandeur ou dans la formation par le demandeur de rapports contractuels éventuels.

Les systèmes de droit civil

Comme mes collègues ont également justifié leurs conclusions en faisant appel au droit comparé et notamment à leur compréhension de l'expérience du droit civil, j'estime nécessaire d'analyser jusqu'à un certain point cette expérience. Je dirai d'abord qu'elle ne me semble pas fournir aux opinions de mes collègues un fondement aussi solide qu'ils le voudraient bien.

Il est indéniable que des affaires comme la présente ne sont pas considérées dans tous les systèmes juridiques comme présentant des problèmes particuliers. Certains systèmes de droit civil n'appliquent aucune règle particulière aux cas de perte purement économique ou de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Les opinions de mes collègues, dans la présente affaire, se fondent tout particulièrement sur le droit français et le droit québécois. L'argument tiré du droit français et du droit québécois concerne véritablement l'argument de l'avalanche de poursuites. Comme ces systèmes permettent l'indemnisation de la perte purement économique sans pour autant s'effondrer, selon cet argument, nous ne devrions pas

comparative reference is to contractual relational economic loss, not to the broad question of pure economic loss. To consider comparative law at the level of generality of "economic loss" is not, in my view, helpful. I have already explained why I think the cases grouped under the rubric of economic loss deserve a more refined analysis. The same narrowing of the question should be employed in the recourse to comparative law. The legal system of every society faces essentially the same problems and solves these problems by quite different means, though often with similar results: see Zweigert and Kötz, *Introduction to Comparative Law, Volume I—The Framework* (2nd ed. 1987), at p. 31. While some of these systems have not retained the concept of "economic loss" as a limiting factor, they have generally not recognized claims of the type put forward here.

Second, the French and Quebec approach involves applying the same criteria to a case of this type as to any other tort claim. Although some scholars argue that the common law should change its focus entirely to a concern with causation as the limiting factor (see Tetley, "Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates" (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539, at p. 584), this does not appear to me to be an advisable option. Our current causality test of foreseeability is clearly insufficient to control liability. The directness criterion was rejected in *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388, for determinations as to remoteness and does not seem to me to provide much predictive value: see *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. v. W. J. Whittall and Son Ltd.*, *supra*, at p. 343.

nous laisser dissuader par des arguments fondés sur une avalanche de poursuites; voir Jutras, «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, à la p. 310. À mon avis, la base de comparaison pertinente est la perte économique relationnelle découlant d'un contrat et non la question générale de la perte purement économique. Considérer le droit comparé sur le plan général de la «perte économique» ne nous aide pas selon moi. J'ai déjà expliqué pourquoi je pense que les affaires réunies sous la rubrique de la perte économique méritent une analyse plus poussée. Il faut utiliser le même processus de limitation de la question lorsque l'on recourt au droit comparé. Le système juridique de chaque société fait face essentiellement aux mêmes problèmes et les règle par des moyens complètement différents, quoiqu'il obtienne souvent des résultats similaires; voir Zweigert et Kötz, *Introduction to Comparative Law, Volume I—The Framework* (2^e éd. 1987), à la p. 31. Quoique certains de ces systèmes n'aient pas retenu la notion de «perte économique» comme facteur limitatif, en général ils n'ont pas admis les demandes d'indemnisation du genre de celles présentées en l'espèce.

Deuxièmement, la méthode française et québécoise comporte l'application des mêmes critères à une affaire de ce genre qu'à toute autre réclamation en matière délictuelle. Bien que certains auteurs de doctrine soutiennent que la common law devrait changer radicalement d'orientation et mettre l'accent sur le lien de causalité comme facteur limitatif (voir Tetley, «Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates» (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539, à la p. 584), cela ne m'apparaît pas être une option souhaitable. Notre critère actuel du lien de causalité suffisant, à savoir la prévisibilité, ne suffit manifestement pas à lui seul à contrôler la responsabilité. Le critère du caractère direct a été rejeté dans *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. (The Wagon Mound)*, [1961] A.C. 388, pour déterminer s'il y avait éloignement et il ne me semble pas avoir une grande valeur prophétique: voir *S.C.M. (United Kingdom) Ltd. c. W. J. Whittall and Son Ltd.*, précité, à la p. 343.

A close examination of French law in this area reveals that the floodgates problem is resolved by the use of a number of control devices such that liability is very rare. French delict doctrine treats the question of *dommage par ricochet* in relation first to the requirement that the injury suffered must have a "personal character"; see Viney, "Les obligations: La responsabilité: conditions" (1982), in Ghestin, *Traité de droit civil*, nos. 288 et seq. Undoubtedly, in general terms, French law allows generous recovery for *dommage par ricochet*: see Viney, at no. 309. However, with respect to persons who were contractually linked to the initial victim, Viney writes as follows, at no. 312:

[TRANSLATION] The courts have from time to time had before them claims made by some customer, supplier or creditor, or by a partner, employee or employer, of the initial victim when the latter's death endangers their interests. In general, the courts have so far been very hesitant to allow such claims, especially those made by a creditor, employer or partner; but at the same time a more liberal solution may well be envisaged in the case of employees who are thrown out of work by the employer's death.

The position in French law is no more harsh in this respect than that of foreign systems of law, which generally refuse to take into consideration this type of repercussive damage. . . . [Emphasis added.]

The distinction of the case of the employee is not specifically justified, but the most obvious rationale for distinguishing that particular case is surely that the employee is least able to protect himself or herself from the consequences of the accident. As for mere *créanciers* of the primary victim like CN, recovery is generally denied. The 1975 Cour de cassation case which left open the issue of recovery for a creditor whose debtor died as result of the defendant's fault, Cass. civ. 2^e, June 25, 1975, Bull. II no. 195, eventually returned to that court in 1979: see Cass. civ. 2^e, February 21, 1979, Bougues-Montès, J.C.P. 1979, IV, 145. The finding that the damages were indirect and hence unrecoverable was, as noted by Durry, partly justified by the fact that the lender should have protected

Il ressort d'un examen attentif du droit français en la matière que le problème de l'avalanche de poursuites est résolu par l'utilisation d'un certain nombre de mécanismes de contrôle, de sorte que la responsabilité est très rare. La doctrine française relative au délit traite de la question du «dommage par ricochet» en ce qui a trait d'abord à l'exigence que le préjudice subi ait un «caractère personnel»; voir Viney, «Les obligations: La responsabilité: conditions» (1982), dans Ghestin, *Traité de droit civil*, nos 288 et suiv. Il ne fait pas de doute qu'en général le droit français permet des indemnités généreuses pour le dommage par ricochet: voir Viney, au n° 309. Toutefois, en ce qui concerne les personnes qui étaient liées par contrat avec la victime initiale, Viney écrit ce qui suit, au n° 312:

Les tribunaux sont parfois saisis de demandes présentées soit par un client, un fournisseur ou un créancier quelconque, soit par un associé, un salarié ou l'employeur de la victime initiale, lorsque le décès de celui-ci met en péril leurs intérêts. Dans l'ensemble pourtant les tribunaux sont restés jusqu'à présent très réservés à l'égard de ces prétentions, notamment de celles qui émanent d'un créancier, d'un employeur ou d'un associé. Mais on peut penser, en revanche, qu'une solution plus libérale pourrait prévaloir au profit des salariés que le décès de l'employeur contraint au chômage.

La position du droit français n'est d'ailleurs pas plus sévère, à cet égard, que celle des droits étrangers qui refusent très généralement de prendre en considération ce type de dommage par ricochet. . . . [Je souligne.]

La distinction du cas de l'employé n'est pas justifiée de façon précise, mais la raison la plus évidente de distinguer ce cas particulier est sûrement que l'employé est celui qui est le moins en mesure de se protéger des conséquences de l'accident. Quant aux simples «créanciers» d'une première victime comme le CN, l'indemnisation leur est généralement refusée. L'affaire jugée en 1975 par la Cour de cassation qui a laissé en suspens la question de l'indemnisation du créancier dont le débiteur était décédé à la suite de la faute du défendeur, Cass. civ. 2^e, 25 juin 1975, Bull. II n° 195, est finalement revenue devant cette cour en 1979: voir Cass. civ. 2^e, 21 février 1979, Bougues-Montès, J.C.P. 1979, IV, 145. La conclusion selon laquelle les dommages étaient indirects et ne pou-

himself by contract by requiring his debtor to contract life insurance; see "Obligations et contrats spéciaux" (1979), 77 *Rev. trim. dr. civ.* 610. Larroumet speaks of recovery in such cases (other than in cases of contracts concluded *intuitus personae*) as an [TRANSLATION] "academic hypothesis" and notes that [TRANSLATION] "it is rarely found in the cases": see Bordeaux, May 17, 1977, D.1978, I.R. 34, note Larroumet.

Cases in which contractual relational economic loss have been awarded as a result of property damage to a third party are even more rare. These cases are admittedly also subject to the same basic framework of analysis. However, the Cour de cassation exercises its control over the lower courts determinations of causality; see Starck, *Droit civil: Obligations: 1. Responsabilité délictuelle* (3rd ed. 1988), by Roland and Boyer, at no. 851. Recovery is rarely allowed. Durry describes the state of the law in this area as follows, "Obligations et contrats spéciaux" (1976), 74 *Rev. trim. dr. civ.* 132, at p. 134:

[TRANSLATION] Physical repercussive damage to one who is neither parent, relative, fiancé or mistress of the immediate victim responds to a well-known dialectic: though in principle compensation may be obtained it in fact rarely is.

Markesinis' comparative examination of English and French law in this area (Markesinis, "La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative", [1983] *Rev. int. dr. comp.* 31, at pp. 44-45), also points out the remarkable similarity of result despite the different analytical approaches:

[TRANSLATION] The first point to note is that French judges are fully aware of these dangers. Some fifty years ago the Tribunal civil of Bordeaux indicated it had no doubts on the matter when it said "that extending entitlement to damages to everyone who might in some way suffer tangible or intangible injury from a quasi-delict would amount to creating a kind of social disorder

vaient donc pas donner lieu à indemnisation était, ainsi que l'a fait remarquer Durry, justifiée en partie par le fait que le prêteur aurait dû se protéger au moyen d'un contrat en exigeant que son débiteur souscrive une assurance sur la vie; voir «Obligations et contrats spéciaux» (1979), 77 *Rev. trim. dr. civ.* 610. Larroumet qualifie l'indemnisation en pareils cas (autres que celui des contrats conclus *intuitus personae*) d'«hypothèse d'école» et fait remarquer qu'«on a bien du mal à en trouver dans la jurisprudence»; voir Bordeaux, 17 mai 1977, D.1978, I.R. 34, note Larroumet.

Les affaires dans lesquelles l'indemnisation d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat a été accordée à la suite d'un dommage matériel causé à un tiers sont même rares. Certes, ces affaires sont également assujetties au même cadre d'analyse fondamental. Toutefois, la Cour de cassation exerce son contrôle sur les décisions des tribunaux d'instance inférieure relativement à la causalité; voir Starck, *Droit civil: Obligations: 1. Responsabilité délictuelle* (3^e éd. 1988), par Roland et Boyer, au n^o 851. L'indemnisation est rarement permise. Durry décrit ainsi l'état du droit en la matière, dans «Obligations et contrats spéciaux» (1976), 74 *Rev. trim. dr. civ.* 132, à la p. 134:

Le dommage matériel par ricochet de qui n'est ni parent, ni allié, ni fiancé, ni concubin de la victime immédiate obéit à une dialectique bien connue: réparable dans son principe, il est, en fait, rarement réparé.

L'examen comparatif du droit français et du droit anglais en la matière que fait Markesinis (Markesinis, «La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative», [1983] *Rev. int. dr. comp.* 31, aux pp. 44 et 45), souligne également la similitude remarquable du résultat malgré les méthodes d'analyse différentes:

La première chose à remarquer est que les juges français sont parfaitement conscients de ces dangers. Il y a presque cinquante ans, le Tribunal civil de Bordeaux ne laissait déjà apparaître aucun doute sur cette question lorsqu'il précisait «qu'étendre le droit à des dommages-intérêts à tous ceux qui, à un degré quelconque, pourraient éprouver un préjudice matériel ou moral du fait

which can never be the purpose of the law" . . . Accordingly, what is special about this judgment is that it *openly* expresses the philosophy of many judgments which have followed and which, though *in theory they admit the possibility of compensation, have in many if not all cases proceeded to a denial of the right of action in practice*. Consequently, what is interesting in these cases is to examine the method used to arrive at the result which English law obtains in a generally and rigidly applicable manner.

A variety of "causal" dispositions, which sometimes seemed to involve duplication, have been skilfully (and at times arbitrarily) used to attain this result. In some cases, it is said that the victim assumed the risk; in other cases, that the injury suffered is only indirect; and in still others, that it is only hypothetical and not certain; but in all cases, the possibility of compensation is recognized in theory. [Emphasis added.]

Recovery has been allowed in a few contractual relational economic loss cases. The first is where the contract that is disturbed is *intuitus personae*, i.e., a personal service contract where the particular individual cannot be replaced. In one case, a soccer club recovered for damages incurred as a result of the death of a star player: see Cour d'appel de Colmar (Ch. détachée à Metz), April 20, 1955, D.1956.723 (*Football Club de Metz c. Wiroth*). Even here, however, the law is not certain: recovery was denied to an opera director for the loss caused by an injury to the leading tenor: see Cass. civ. 2^e, November 14, 1958, G.P. 1959.1.31 (*Demeyer c. Camerlo*). In a preliminary procedure at first instance, recovery was allowed to employees whose unemployment was caused by the tortfeasor who damaged their hair salon: see Trib. gr. inst. Nanterre, October 22, 1975, G.P. 1976.1.392 (*Brunet c. Rico et Caisse mutuelle d'assurance et de prévoyance*).

Marcailloux v. R.A.T.V.M., Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777, cited by McLachlin J., involved a traffic accident that led to a traffic jam.

d'un quasi-délict, *aboutirait à créer un désordre social à quoi ne doit jamais aboutir l'application de la loi* [. . .] Ce qui est donc particulier dans ce jugement, c'est qu'il exprime *ouvertement* la philosophie de nombreuses décisions qui ont suivi et qui, bien qu'elles admettent *théoriquement* la possibilité d'une compensation, ont dans de nombreux cas, sinon dans tous, abouti à un refus du droit à l'action dans la pratique. Par conséquent, ce qui est intéressant à noter dans ces cas, c'est l'étude de la méthode utilisée pour atteindre le résultat que le droit anglais obtient d'une manière rigide applicable de manière générale.

Une variété de dispositions «causales», qui parfois semble faire double emploi, ont été habilement (sinon quelquefois arbitrairement) utilisées pour atteindre ce résultat. Dans certains cas, on dit que la victime a assumé le risque; dans d'autres cas, que le préjudice subi n'est qu'indirect; dans d'autres encore, qu'il n'est qu'hypothétique et non pas certain. Mais dans tous les cas, la possibilité de dédommagement est théoriquement reconnue. [Je souligne.]

L'indemnisation a été permise dans quelques cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Le premier cas est celui où le contrat dans lequel il y a ingérence est *intuitus personae*, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un contrat de services personnels dans lequel l'individu particulier ne peut pas être remplacé. Dans une affaire, un club de soccer a obtenu l'indemnisation des dommages survenus à la suite du décès d'un joueur vedette; voir Cour d'appel de Colmar (Ch. détachée à Metz), 20 avril 1955, D.1956.723 (*Football Club de Metz c. Wiroth*). Même ici, cependant, le droit n'est pas certain: on a refusé d'indemniser un directeur d'opéra pour la perte résultant d'une blessure causée au ténor principal: voir Cass. civ. 2^e, 14 novembre 1958, G.P. 1959.1.31 (*Demeyer c. Camerlo*). Dans une procédure préliminaire en première instance, on a accordé une indemnité à des employés réduits au chômage à cause de l'auteur d'un délit qui avait causé des dommages à leur salon de coiffure: voir Trib. gr. inst. Nanterre, 22 octobre 1975, G.P. 1976.1.392 (*Brunet c. Rico et Caisse mutuelle d'assurance et de prévoyance*).

L'arrêt *Marcailloux c. R.A.T.V.M.*, Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777, cité par le juge McLachlin, concernait un accident de la circula-

The person who caused the accident was held liable for damages of 39 francs to the local transport authority for the loss of receipts caused by the resulting delay to the circulation of its vehicles. It is unclear what distinguishes this claim from other potential traffic jam claims. The note by Professor Esmein in the *Marcailloux* case observes that the characterization of a particular damage as direct or indirect, far from being a factual inquiry, is simply the statement of a conclusion as to recovery; in this regard, it plays a similar function to the concept of proximity in our law. See Note under Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777.

In Quebec, the expansive interpretation of “another” in art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* referred to by McLachlin J. has served to shift the analysis to the terrain of causality: see Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (3rd ed. 1990), at no. 177. Baudouin recognizes the difficulty of generalizing with respect to determinations of directness but he considers that a trend toward an exclusion of liability is discernable, *supra*, at no. 354:

[TRANSLATION] The problem of determining what is “direct” damage is complex and here again any attempt at generalization would be presumptuous. However, one trend seems to be clear. The courts will not recognize loss the immediate source of which is not the fault itself but some other injury already caused by the fault. In other words, damage resulting from damage, repercussive damage, “second degree” damage, is indirect.

However, as the author recognizes, this is at most a trend. He further notes that Quebec courts have tended to consider causality as a question of fact: *supra*, at no. 349. This would constitute a significant difference with the French regime. However, the author notes that the decision of this Court in *Morin v. Blais*, [1977] 1 S.C.R. 570, considered the question of causality to constitute a question of law. Recovery of contractual relational economic loss has been allowed in a few cases in Quebec.

tion qui avait causé un embouteillage. La personne qui a causé l'accident a été tenue de verser la somme de 39 francs à titre de dommages-intérêts à la société de transports en commun locale pour la perte de recettes due au retard occasionné à la circulation de ses véhicules. On ne voit pas clairement ce qui distingue cette demande d'indemnisation d'avec les autres demandes d'indemnisation possibles relatives à un embouteillage. La note du professeur Esmein, dans l'affaire *Marcailloux*, fait remarquer que la qualification d'un dommage particulier comme étant direct ou indirect, loin d'être un examen fondé sur les faits, est simplement l'énoncé d'une conclusion au sujet de l'indemnisation; à cet égard, elle joue un rôle analogue à la notion du lien étroit dans notre droit: voir note sous Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777.

Au Québec, l'interprétation large du mot «autrui» à l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* mentionnée par le juge McLachlin a eu pour effet de faire porter l'analyse sur le plan de la causalité: voir Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle* (3^e éd. 1990), au n^o 177. Baudouin reconnaît qu'il est difficile de généraliser quand vient le temps de déterminer le caractère direct d'un dommage, mais il considère qu'une tendance semble se dégager en faveur de l'exclusion de la responsabilité, *op. cit.*, au n^o 354:

Le problème de déterminer ce que constitue un dommage «direct» est complexe et là encore il serait présomptueux de vouloir généraliser. Toutefois, une tendance semble se dégager. Les tribunaux ne reconnaissent pas le préjudice qui puise sa source immédiate non dans la faute elle-même, mais dans un autre préjudice déjà causé par la faute. En d'autres termes, est indirect le dommage issu du dommage, le dommage par ricochet, le dommage au «second degré».

Cependant, comme le reconnaît l'auteur, il s'agit tout au plus d'une tendance. Il note en outre que les tribunaux québécois ont eu tendance à considérer la causalité comme une question de fait: *op. cit.*, au n^o 349. Cela constituerait une différence importante avec le régime français. Toutefois, l'auteur fait observer que, dans l'arrêt *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, notre Cour a jugé que la question de la causalité constituait une question de droit. L'indemnisation de la perte économique

Employers have been allowed to recover for the loss of the services of their employees.

In my view, the French and Quebec experience remains inconclusive. Although the cases are theoretically not subject to any special requirements for recovery, cases of recovery of contractual relational economic loss are few. The rarity of the cases has resulted in little doctrinal discussion of the issues raised and the brevity of the reasons makes the grounds for determination difficult to analyze. While French law does not establish an absolute bar, it is very close to establishing a *de facto* bar through the use of the dual requirements of directness and proof of causality. The number of cases in which recovery has been allowed is very few when one considers that relational losses occur as a result of practically every accident causing property damage in the commercial area.

Furthermore, one is at pains to establish the grounds for distinguishing successful claims from other relational claims. What little doctrinal discussion there is appears to be both keenly aware of the potential for open-ended liability and conscious that recovery is generally denied. Such analysis also points to factors entering into the directness and causality analysis that would exclude CN's claim, factors such as the *intuitus personae* nature of the contractual relationship and the inability of the plaintiff to protect itself through contract or otherwise. I shall have occasion to consider such factors later.

In addition, civil law scholars have remarked on the lack of emphasis in French and Quebec law on the problems raised by the nature of particular protected interests; see Jutras, *supra*, at pp. 295-96 and 310-11. In civil law systems such as the German system which, unlike the French system, have focused significant attention on the problems

relationnelle découlant d'un contrat a été permise dans quelques cas au Québec. Des employeurs ont pu se faire indemniser de la perte des services de leurs employés.

À mon avis, l'expérience française et québécoise reste peu concluante. Bien que, théoriquement, les affaires ne soient assujetties à aucune condition spéciale d'indemnisation, les cas où il y a eu indemnisation d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat sont peu nombreux. Vu la rareté de ces cas, il y a eu peu d'analyse doctrinale des questions soulevées et, vu la concision des motifs, il est difficile d'analyser le fondement des décisions rendues. Quoique le droit français n'établisse pas d'interdiction absolue, il vient tout près d'établir une interdiction de fait en recourant aux doubles exigences du caractère direct et de la preuve de causalité. Le nombre de cas où l'indemnisation a été permise est très peu élevé si l'on considère que des pertes relationnelles résultent de presque tous les accidents qui causent un dommage matériel dans le domaine commercial.

De plus, on se donne beaucoup de mal pour établir les raisons de distinguer les réclamations couronnées de succès d'avec les autres réclamations pour perte relationnelle. Dans l'analyse doctrinale qui existe, on semble à la fois se rendre compte de la possibilité d'une responsabilité sans limite et être conscient que l'indemnisation est généralement refusée. La doctrine attire également l'attention sur des facteurs qui jouent dans l'examen du caractère direct et de la causalité et qui auraient pour effet d'exclure la réclamation du CN, lesquels facteurs comprennent notamment la nature *intuitus personae* du rapport contractuel et l'incapacité du demandeur de se protéger au moyen d'un contrat ou autrement. J'aurai l'occasion d'examiner ces facteurs plus loin.

En outre, les civilistes ont fait remarquer que le droit français et le droit québécois n'insistent pas sur les problèmes soulevés par la nature des droits particuliers qui sont protégés; voir Jutras, *loc. cit.*, aux pp. 295 et 296 et aux pp. 310 et 311. Dans les systèmes de droit civil tels que le système allemand qui, contrairement au système français, ont

posed by the nature of different protected interests, (see Limpens, Kruithof and Meinertzhagen-Limpens, "Liability for One's Own Act", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, ch. 2, IV.), recovery is denied for contractual relational claims based on the type of damage; see Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2nd ed. 1990), at pp. 39 *et seq.* Other civil law systems have strict exclusionary rules. Switzerland apparently excludes *le dommage par ricochet*, allowing only recovery for wrongful death; see Herbots, "Le "duty of care" et le dommage purement financier en droit comparé" [1985], *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7, at p. 32.

What conclusions can be drawn from the civil law? First, I think there is general agreement that economic loss cases cannot simply be subjected to the same analysis as cases involving other types of damage: see Atiyah, *supra*, at p. 270. No one is suggesting, after all, that we modify the rules adopted in *Hedley Byrne* for an undifferentiated *Donoghue* test in economic loss cases.

There remains the argument that French and Quebec experience puts the lie to the floodgates problem in this area. In my view, this is simply not borne out. First of all, as Markesinis points out, French judges are acutely aware of the potential for unlimited liability. They use different analytical tools to reach much the same result.

One can of course attempt to meet the floodgates argument by contending that recovery for contractual relational economic loss will remain exceptional even if the exclusionary rule is relaxed. This is perhaps the most that can be drawn from the civil law experience: the replacement of an exclusionary rule with what amounts to very close to a *de facto* bar will not lead to many cases

accordé une grande importance aux problèmes que pose la nature des différents droits protégés (voir Limpens, Kruithof et Meinertzhagen-Limpens, «Liability for One's Own Act», dans *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, ch. 2, IV.), l'indemnisation n'est pas permise dans le cas des demandes d'indemnisation d'une perte relationnelle découlant d'un contrat, qui sont fondées sur le genre de dommages; voir Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2^e éd. 1990), aux pp. 39 et suiv. D'autres systèmes de droit civil possèdent des règles strictes d'exclusion. La Suisse exclut apparemment le dommage par ricochet, en permettant seulement l'indemnisation d'une perte découlant d'un décès causé illégalement; voir Herbots, «Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé», [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7, à la p. 32.

Quelles conclusions peut-on tirer du droit civil? Premièrement, je pense qu'on s'entend généralement pour dire que les cas de perte économique ne peuvent pas simplement faire l'objet de la même analyse que ceux mettant en cause d'autres genres de dommages: voir Atiyah, *loc. cit.*, à la p. 270. Personne ne propose, après tout, que nous modifions les règles adoptées dans l'arrêt *Hedley Byrne* pour appliquer un critère *Donoghue* uniforme dans les cas de perte économique.

Il reste l'argument selon lequel l'expérience française et québécoise donne un démenti au problème de l'avalanche de poursuites dans ce domaine. À mon avis, ce n'est tout simplement pas confirmé. Tout d'abord, comme le souligne Markesinis, les juges français sont profondément conscients de la possibilité d'une responsabilité illimitée. Ils recourent à différents moyens d'analyse pour aboutir sensiblement au même résultat.

On peut naturellement essayer de répondre à l'argument fondé sur l'avalanche de poursuites en prétendant que l'indemnisation d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat restera exceptionnelle même si la règle d'exclusion est assouplie. C'est peut-être le maximum que l'on puisse tirer de l'expérience du droit civil: le remplacement d'une règle d'exclusion par ce qui équi-

being brought forward. Unlike the civil law rules in these areas, however, the traditional control devices in our tort law have been elaborated to deal with damages that are generally by their nature limited.

I am principally concerned about the relative advisability of attempting to draw a line within the group of contractual claimants as opposed to distinguishing based on the nature of the interest at stake. Specifically, I am concerned about the nature and the workability of the criteria used to distinguish valid claims. In my view, any incursions into the exclusionary rule should be carefully justified on policy grounds. With respect to this question, I do not find any theory put forward in either France or Quebec that would aid in making distinctions amongst contractual claimants on valid policy grounds; see the discussion by Mayrand J.A. of the difficulties in making the directness determination with respect to "victims by ricochet" in *J.E. Construction Inc. v. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, at pp. 278-79.

To the extent that recovery has been allowed, the inability of doctrine to elucidate the characteristics leading to recovery or to a finding of directness gives the lie to the idea that allowing recovery in a few cases of this nature will provide material for an *ex post* rationalisation that the court is incapable of formulating beforehand. I do not share McLachlin J.'s confidence that turning this issue over to the common law to decide cases on the basis of proximity will lead to the gradual formation of categories of recovery that make sense in policy terms, and nothing in the civil law experience with findings of directness leads me to greater confidence in this regard: see Herbots, *supra*, at p. 21.

vaut de très près à une interdiction de fait ne fera pas en sorte que beaucoup d'actions seront intentées. Toutefois, contrairement aux règles de droit civil dans ces domaines, les mécanismes de contrôle traditionnels de notre droit de la responsabilité civile délictuelle ont été élaborés de manière à traiter des dommages qui, de par leur nature, sont généralement limités.

^a Je m'intéresse principalement à l'opportunité relative de tenter de tracer une ligne de démarcation à l'intérieur de la catégorie des réclamants en vertu d'un contrat par opposition à l'opportunité d'établir la distinction à partir de la nature du droit en cause. Je m'intéresse tout particulièrement à la nature et à la maniabilité des critères utilisés pour distinguer les réclamations valides. À mon avis, toute incursion dans la règle d'exclusion devrait être soigneusement justifiée par des raisons de principe. À cet égard, je ne trouve aucune théorie mise de l'avant soit en France soit au Québec qui nous aiderait à établir des distinctions parmi les réclamants en vertu d'un contrat, qui soient fondées sur des raisons de principe valables; voir l'analyse que le juge Mayrand de la Cour d'appel fait des difficultés rencontrées lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère direct du dommage dans le cas des «victimes par ricochet» dans *J.E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275, aux pp. 278 et 279.

^b Dans la mesure où l'indemnisation a été accordée, l'incapacité de la doctrine d'élucider les caractéristiques qui mènent à l'indemnisation ou à la conclusion au caractère direct d'un dommage contredit l'idée que l'indemnisation dans quelques affaires de cette nature permettra une explication après coup que la cour est incapable de formuler préalablement. Je ne partage pas la confiance du juge McLachlin que le renvoi de cette question à la common law pour trancher les affaires en fonction de l'existence d'un lien étroit aboutira à la formation graduelle de catégories d'indemnisation qui auront du sens sur le plan des principes, et rien dans l'expérience du droit civil en matière de conclusions à l'existence du caractère direct du dommage n'augmente ma confiance à cet égard: voir Herbots, *loc. cit.*, à la p. 21.

The narrow exclusionary rule distinguishes between property claims and contract claims and excludes the latter in cases of property damage. This bright line test has been in the past extended to the wider field of pure economic loss; in this wider field, it is in retreat in a number of areas. In my view, this case presents the court with the following problem: should the court eliminate the bright line test in the narrow area of contractual relational economic loss in favour of a test that will discriminate differently, this time amongst the class of contractual claimants, those who merit recovery and those who do not? If yes, what criteria should govern recovery?

Before dealing further with the question of contractual relational economic loss, however, it is necessary to consider a different set of arguments advanced by the respondent.

Part II: Alternative Interest Theories

Introductory

CN argues that its case does not rest on a mere contractual interest. It seeks to avoid the application of the narrow exclusionary rule by arguing that it has alternative interests at stake that differentiate it from the ordinary contractual claimant. It does not seek to place itself under a long-standing exception to the exclusionary rule enunciated in *Simpson & Co. v. Thomson, supra*, at p. 290, which involves cases allowing recovery to a plaintiff with a proprietary or possessory interest. If CN could argue that its interest in the bridge was analogous to the interest of a demise charterer in the chartered ship, it would be able to recover since it would be, vis-à-vis third parties, the temporary owner of the bridge; see *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19th ed. 1984), at pp. 47-52; *Baumwoll Manufactur von Carl Scheibler v. Furness*, [1893] A.C. 8 (H.L.); *The "Father Thames"*, [1979] 2 Lloyd's Rep. 364. A demise charterer's interest typically entirely supplants the

La règle stricte d'exclusion établit une distinction entre les réclamations fondées sur un droit de propriété et celles fondées sur un contrat et exclut ces dernières dans les cas de dommage matériel. Ce critère de la démarcation très nette a, dans le passé, été étendu au champ plus vaste de la perte purement économique; dans ce champ plus vaste, il est en régression dans un certain nombre de domaines. À mon avis, la présente affaire saisit la cour du problème suivant: la cour doit-elle éliminer le critère de la démarcation très nette dans le domaine restreint de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat en faveur d'un critère qui établira une distinction de façon différente, cette fois parmi la catégorie de réclamants en vertu d'un contrat, entre ceux qui méritent d'être indemnisés et ceux qui ne le méritent pas? Dans l'affirmative, quels critères devraient régir l'indemnisation?

Avant de poursuivre sur la question de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat, il faut examiner une autre série d'arguments avancés par l'intimée.

Partie II: Les théories des droits subsidiaires

Introduction

Le CN allègue que sa demande d'indemnisation ne repose pas sur un simple droit découlant d'un contrat. Il cherche à éviter l'application de la règle stricte d'exclusion en prétendant qu'il possède des droits subsidiaires qui le différencient du réclamant ordinaire en vertu d'un contrat. Il n'essaie pas de se prévaloir d'une exception de longue date à la règle d'exclusion énoncée dans l'arrêt *Simpson & Co. c. Thomson*, précité, à la p. 290, qui concerne des affaires permettant l'indemnisation d'un demandeur ayant un droit de propriété ou de possession. Si le CN pouvait soutenir que son droit sur le pont était analogue au droit que l'affrètement en coque nue a sur le navire affrété, il pourrait obtenir des dommages-intérêts puisque, vis-à-vis des tiers, il serait le propriétaire temporaire du pont; voir *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading* (19^e éd. 1984), aux pp. 47 à 52; *Baumwoll Manufactur von Carl Scheibler c. Furness*, [1893] A.C. 8 (H.L.); *The «Father Thames»*,

interest of the owner of the ship, even in the repair of physical damage: see *Candlewood*, *supra*, at p. 18. For example, in *Rivtow*, the plaintiff was a demise charterer. No argument was directed to contesting Rivtow's interest.

CN's licence agreement gives it no proprietary or possessory interest. This state of affairs was surely not entirely fortuitous in light of the fact that the existence of such an interest was a central consideration in the *Gypsum Carrier* case. CN's contract with PWC establishes no proprietary or possessory interest in the bridge, and it did not attempt to argue that its contract resembled that of a demise charterer.

Unable to contend for the existence of a possessory right to the bridge, CN, we saw, put forward essentially two arguments to the effect that its interest is more than that of a mere contractor. First, it says, it suffered from a transferred loss of use. Secondly, it maintains, it is involved in a common adventure with PWC. These arguments are centred on the relationship between the plaintiff and the property owner, i.e., between CN and PWC.

Transferred Loss Theories

CN frames its argument with respect to transferred loss in two different ways. First, it submits that "P.W.C. initially suffered the physical loss for the damage to the bridge, but pursuant to their contracts with the railways all costs are ultimately borne by the railways, substantially by the C.N.R.". Along a similar line, it contends that PWC "acted like a trustee" in providing the bridge to the railways and particularly CN. The second manner in which it frames its argument on transferred loss involves arguing that granting judgment to CN in this case would not impose additional liability on the defendants over and above what they

[1979] 2 Lloyd's Rep. 364. Habituellement, le droit d'un affréteur en coque nue supplante complètement le droit du propriétaire du navire, même en ce qui concerne le droit d'agir pour la réparation de dommages matériels: voir *Candlewood*, précité, à la p. 18. Par exemple, dans l'arrêt *Rivtow*, la demanderesse était un affréteur en coque nue. Aucun argument ne visait à contester le droit de Rivtow.

Le contrat de licence du CN ne lui confère aucun droit de propriété ou de possession. Cet état de choses n'était sûrement pas totalement fortuit, compte tenu du fait que l'existence d'un tel droit était un facteur important dans l'affaire *Gypsum Carrier*. Le contrat intervenu entre le CN et TPC n'établit aucun droit de propriété ou de possession sur le pont, et le CN n'a pas tenté de soutenir que son contrat ressemblait à celui d'un affréteur en coque nue.

Incapable de soutenir qu'il avait un droit de possession sur le pont, le CN, nous l'avons vu, a avancé essentiellement deux arguments selon lesquels le droit qu'il possède est davantage qu'un simple droit de nature contractuelle. Premièrement, dit-il, il a subi une perte d'usage transférée. Deuxièmement, maintient-il, il participe à une entreprise commune avec TPC. Ces arguments sont axés sur le rapport existant entre la demanderesse et le propriétaire du bien, c.-à-d. entre le CN et TPC.

Théories de la perte transférée

Le CN formule son argumentation de deux façons différentes en ce qui concerne la perte transférée. Premièrement, il avance que [TRADUCTION] «T.P.C. a subi à l'origine une perte matérielle résultant des dommages causés au pont, mais qu'en vertu des contrats qu'il a conclus avec les compagnies ferroviaires, tous les frais seront assumés en fin de compte par ces compagnies et, en grande partie, par le CN.» De la même façon, il prétend que TPC [TRADUCTION] «a agi à la manière d'un fiduciaire» en mettant le pont à la disposition des compagnies ferroviaires et tout particulièrement du C.N. La deuxième manière dont il for-

would normally be incurred by the owner of commercial property. I will deal with these in turn.

The respondent's first argument, as I understand it, is that the contract provides for a particularly mechanical passing through of the costs of the accident to the eventual users. CN's claim is thus different from the typical contractual relational claim.

I find this unconvincing. The rates are not set after all the costs are established. Canada unilaterally sets the rate for each three-year period of the licence after the initial three-year period, in light of the principle set out in the preamble of "total recovery to Canada of all the costs of operating and maintaining the Bridge" (see Recital E of the Preamble of the License Agreement). After each renewal of the contract the railway has a guaranteed unit rate for three years. CN is less exposed to costs incurred by the property owner than the typical consumer, for whom the costs incurred today are often passed through almost immediately. Before any such costs are passed through to CN, the current unit rate must expire and CN must decide that it wishes to renew the contract for another three-year period.

Second, it must be noted that PWC recovered damages as property owner in this case. Since PWC was fully compensated, none of the costs of property damage in this case will be passed through, even in the future. The only transferred loss in this case concerned a loss of use.

Third, the real reason all the loss of use costs appear to be passed through in this case has nothing to do with any special characteristics of CN or of the licence agreement. Rather, it results from the fact that PWC runs the bridge on a non-profit

mule son argument relatif à la perte transférée consiste notamment à faire valoir que donner gain de cause au CN en l'espèce n'aurait pas pour effet d'élargir la responsabilité des défendeurs au-delà de celle à laquelle ils s'exposeraient normalement envers le propriétaire d'un bien commercial. Je vais examiner ces arguments à tour de rôle.

Selon le premier argument de l'intimée, si je comprends bien, le contrat prévoit que les frais de l'accident seront transmis presque automatiquement aux usagers éventuels. La réclamation du CN diffère donc de la réclamation typique pour perte relationnelle découlant d'un contrat.

Je ne trouve pas cet argument convaincant. Les tarifs ne sont pas fixés après que tous les frais ont été établis. Le Canada fixe unilatéralement le tarif pour chaque période de trois ans de la licence qui suit la période initiale de trois ans, à la lumière du principe, énoncé dans le préambule, [TRADUCTION] «du remboursement total au Canada de tous les frais d'exploitation et d'entretien du pont» (voir l'alinéa E du préambule du contrat de licence). Après chaque renouvellement du contrat, la compagnie ferroviaire jouit d'un tarif unitaire garanti pendant trois ans. Le CN risque moins de se voir transmettre les frais engagés par le propriétaire du bien que le consommateur typique qui se voit souvent transmettre les frais engagés presque immédiatement. Pour que des frais de ce genre soient transmis au CN, le tarif unitaire en vigueur doit prendre fin et le CN doit décider de renouveler le contrat pour une autre période de trois ans.

Deuxièmement, il faut noter que TPC a obtenu des dommages-intérêts en tant que propriétaire du bien dans la présente affaire. Vu que TPC a été indemnisé intégralement, aucuns frais découlant des dommages matériels en l'espèce ne seront transmis à quelqu'un d'autre, même à l'avenir. La seule perte transférée dans la présente affaire était une perte d'usage.

Troisièmement, la véritable raison pour laquelle les frais liés à la perte d'usage paraissent avoir été transmis en l'espèce n'a rien à voir avec une quelconque caractéristique spéciale du CN ou du contrat de licence. Cela découle plutôt du fait que TPC

basis. PWC did suffer a loss of use of its fee-earning capacity; its pricing policy is such that the economic value of its loss of use is zero. In most cases, the owner of a profit-making chattel damaged by the tortfeasor will suffer a loss of use in the form of reduced payments by users. Here, the loss of use appears to be transferred *in toto* only because PWC does not use the bridge to earn a profit so it incurs no financial loss owing to interruption of transit fees. PWC's pricing policy, which happens to be particularly advantageous to CN and the other users at the expense of the taxpayers of Canada, does not mean that any more transferred loss of use occurred in this case than in the typical case.

Fourth, the toll structure does not support the "unique relationship" theory since all railways were equally situated with respect to this factor. The loss of use in this case was initially spread over the four railways. A wide range of people and companies were undoubtedly affected by the unavailability of the bridge. People who contracted for carriage of their goods by the railways, for example, may well have had shipment of the goods delayed in transit. The eventual bearer of this loss would be determined by the terms of the contract of carriage.

As the appellants rightly suggest, the contract CN had for the shared use of the bridge puts it in no better position to recover its loss than a time charterer who contracts for the sole use of a vessel. Recovery has been regularly denied in the time charterer cases: see *Konstantinidis v. World Tankers Corp. (The World Harmony)*, [1967] P. 341, at p. 362.

The unique features of the toll structure are not such as to found an alternative legally protected

exploite le pont à des fins non lucratives. TPC a effectivement subi une perte de sa capacité de toucher des redevances; sa politique d'établissement des prix est telle que la valeur économique de sa perte d'usage est nulle. Dans la plupart des cas, le propriétaire d'un bien meuble rentable qui est endommagé par l'auteur d'un délit subira une perte d'usage sous la forme d'une réduction des versements provenant des usagers. En l'espèce, la perte du droit d'usage paraît entièrement transférée uniquement parce que TPC n'utilise pas le pont pour en tirer un profit de sorte qu'il ne subit aucune perte financière due à l'interruption du versement de droits de passage. La politique de tarification de TPC, qui en l'occurrence est particulièrement avantageuse pour le CN et les autres usagers aux dépens des contribuables canadiens, ne signifie pas que la perte d'usage transférée en l'espèce est plus grande que dans le cas typique.

Quatrième, la structure de péage n'étaye pas la thèse du «rapport exceptionnel» puisque toutes les compagnies ferroviaires se trouvent sur un pied d'égalité en ce qui concerne ce facteur. La perte d'usage dans la présente affaire s'étendait à l'origine aux quatre compagnies ferroviaires. Une vaste gamme de personnes et de compagnies ont sans doute été touchées par l'impossibilité d'utiliser le pont. Il se peut bien, par exemple, que les gens qui avaient conclu des contrats pour le transport ferroviaire de leurs marchandises aient vu ce transport de leurs marchandises retardé. La personne qui assumerait éventuellement cette perte serait déterminée par les dispositions du contrat de transport.

Comme les appelants le suggèrent à juste titre, le contrat conclu par le CN, pour l'utilisation partagée du pont, ne le plaçait pas dans une meilleure position pour se faire indemniser de sa perte qu'un affrèteur à temps qui passe un contrat pour l'usage exclusif d'un navire. L'indemnisation a été refusée régulièrement dans les affaires d'affrèteurs à temps: voir *Konstantinidis c. World Tankers Corp. (The World Harmony)*, [1967] P. 341, à la p. 362.

Les caractéristiques exceptionnelles de la structure de péage ne sont pas de nature à justifier

interest over and above the contractual interest of the plaintiff. *A fortiori*, they also are not such as to justify a characterization of PWC as a trustee.

The second manner in which the respondent frames its loss of use argument involves arguing that granting judgment to CN in this case would not be extending the liability of the defendants over and above what they would normally incur to the owner of commercial property. Here, the respondent essentially argues that the defendants' liability should not be reduced merely because it was fortunate enough to strike a bridge being used by railways. Had PWC, i.e., the owner, been using the bridge, it could have recovered loss of use profits as consequential economic loss.

A variant of the respondent's transferred loss argument was rejected in the *Candlewood* case, *supra*, on stronger facts for the plaintiff than in this case. There, the ship *Ibaraki Maru* was damaged in a collision with the *Mineral Transporter* owned by the defendant. The negligence of the *Mineral Transporter* was established. Repairs to the *Ibaraki Maru* were delayed for several weeks owing to labour unrest.

The plaintiff time charterer ("time charterer") was also the owner of the *Ibaraki Maru*. As owner, it had let the ship on a bareboat charter to the second plaintiff ("bareboat charterer") and by a time charter of the same date, the bareboat charterer had let it back to the owner on a time charter. The bareboat charterer had a proprietary or possessory interest and could bring an action for damage to property and for consequential economic loss. Under the terms of the bareboat charter, the bareboat charterer was liable as against the owners to bear the cost of repairs resulting from the collision. It paid this amount to the owner and collected damages for this amount from the tortfeasor. Under the terms of the time charter, the daily hire payable during the time charter was reduced while

l'existence d'un autre droit protégé par la loi en plus du droit que le contrat confère à la demanderesse. À plus forte raison, elles ne permettent pas non plus de qualifier TPC de fiduciaire.

a

La deuxième manière dont l'intimée formule son argument de la perte d'usage consiste notamment à faire valoir que donner gain de cause au CN en l'espèce n'aurait pas pour effet d'élargir la responsabilité des défendeurs au-delà de celle à laquelle ils s'exposeraient normalement envers le propriétaire d'un bien commercial. En l'espèce, l'intimée soutient essentiellement que la responsabilité des défendeurs ne devrait pas être réduite uniquement parce qu'ils ont eu la chance de heurter un pont utilisé par des compagnies ferroviaires. Si TPC, c.-à-d. le propriétaire, avait été l'usager du pont, il aurait pu être indemnisé de la perte de profits liés à l'interruption de l'usage du pont à titre de perte économique indirecte.

d

Une variante de l'argument de la perte transférée invoqué par l'intimée a été rejetée dans l'affaire *Candlewood*, précitée, où les faits étaient plus favorables à la partie demanderesse qu'en l'espèce. Dans cette affaire, le navire *Ibaraki Maru* a été endommagé lors d'une collision avec le *Mineral Transporter* qui appartenait à la défenderesse. La négligence du *Mineral Transporter* a été prouvée. Les réparations que devait subir l'*Ibaraki Maru* ont été retardées pendant plusieurs semaines à cause d'un conflit ouvrier.

g

L'affrètement à temps et partie demanderesse dans l'instance («l'affrètement à temps») était également propriétaire de l'*Ibaraki Maru*. À titre de propriétaire, il avait loué le navire selon un affrètement coque nue à la deuxième demanderesse («l'affrètement en coque nue») et, au moyen d'un affrètement à temps portant la même date, l'affrètement en coque nue l'avait reloué au propriétaire selon un affrètement à temps. L'affrètement en coque nue avait un droit de propriété ou de possession et pouvait intenter une action pour dommages matériels et pour perte économique indirecte. Aux termes du contrat d'affrètement coque nue, l'affrètement était tenu envers le propriétaire d'assumer les frais de réparation résultant de la collision. Il a payé ce montant au propriétaire et a obtenu de l'auteur du

the ship was undergoing repairs to about one quarter of the normal daily rate. The bareboat charterer also recovered the amounts necessary to make up the reduced payments. These findings were not challenged before the Privy Council where the case centred on the rights of recovery of the time charterer.

The time charterer claimed for the amount of hire it paid while the vessel was not operational and the profits it lost during that period. Its first argument was that its reversionary interest as owner was sufficient to ground recovery. Their Lordships rejected this contention on the ground that the claim was made in respect of losses it suffered as time charterer (at p. 18). The time charterer's second argument was that, if it had incurred the loss of use in its capacity as owner, it would have been entitled to recover the whole cost of repairing the collision damage, and also its whole loss of profits while the ship was out of service. Because the ship was subject to the bareboat charter and the time charter, the loss was divided between the bareboat charterers (as disponent owners) and the time charterers, but the loss was the same and should be recoverable by the party on whom it happened to fall. The court apparently pushed the first plaintiffs to take their argument to its logical conclusion: if there had been a chain of sub-charterers and sub-sub-charterers, each party in the chain would have been entitled to recover his particular loss. Lord Fraser of Tullybelton rejected the argument on the following grounds, at p. 19:

It may be asked, and Mr. Gleeson did ask rhetorically, why the wrongdoer should escape paying for part of the loss for which he is responsible merely because the loss is divided between two victims. One answer was given by Holmes J. in *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303, where he said, at p. 309:

délit des dommages-intérêts correspondant à ce montant. Aux termes de l'affrètement à temps, le loyer quotidien payable durant l'affrètement à temps a été réduit, pendant que le navire était en réparation, à environ un quart du tarif quotidien normal. L'affréteur en coque nue a également obtenu le remboursement des montants nécessaires pour suppléer aux versements réduits. Ces conclusions n'ont pas été contestées devant le Conseil privé où l'affaire a porté principalement sur les droits d'indemnisation de l'affréteur à temps.

L'affréteur à temps a réclamé le montant du loyer qu'il avait payé pendant que le navire était inutilisable et les profits qu'il avait perdus pendant cette période. Comme premier argument, il a soutenu que son droit de réversion en tant que propriétaire suffisait à justifier l'indemnisation. Les lords juges ont rejeté cette prétention pour le motif que la réclamation visait les pertes qu'il avait subies en tant qu'affréteur à temps (à la p. 18). Comme deuxième argument, l'affréteur à temps a avancé que, s'il avait subi la perte d'usage en sa qualité de propriétaire, il aurait eu droit au remboursement de la totalité des frais de réparation des dommages résultant de la collision et également de la totalité des profits perdus pendant que le navire était hors service. Vu que le navire était assujéti à l'affrètement coque nue et à l'affrètement à temps, la perte a été répartie entre les affréteurs en coque nue (à titre de propriétaires cédants) et les affréteurs à temps, mais la perte était la même et aurait dû donner lieu à indemnisation pour la partie qui l'a subie. La cour a apparemment forcé les premiers demandeurs à pousser leur argument jusqu'à sa conclusion logique: s'il y avait eu une chaîne de sous-affréteurs et de sous-sous-affréteurs, chaque maillon de la chaîne aurait eu le droit d'être indemnisé de sa propre perte. Lord Fraser of Tullybelton a rejeté l'argument pour les raisons suivantes, à la p. 19:

[TRADUCTION] On peut se demander, et M. Gleeson l'a effectivement fait pour la forme, pourquoi l'auteur du méfait éviterait d'assumer la part de la perte dont il est responsable simplement parce que la perte est répartie entre deux victimes. Une réponse a été fournie par le juge Holmes, dans *Robins Dry Dock & Repair Co. c. Flint*, 275 U.S. 303, où il a dit, à la p. 309:

“justice does not permit that the petitioner [wrongdoer] be charged with the full value of the loss of use unless there is some one who has a claim to it *as against the petitioner*” (emphasis added).

If the bareboat charter and the time charter are accepted as valid and effective contracts, it cannot be right to disregard them or to treat claims from parties to them as if the contracts did not exist. Another, and perhaps, less technical, answer is that the argument, if accepted, would have far-reaching consequences, which would run counter to the accepted policy of the law. If this exception to the rule against allowing recovery by persons who are in merely contractual relationship with the injured party were admitted, there appears to be no reason why contracts under time charters should be treated differently in this regard from other contracts between the owner or disponent owner of a ship and other parties. In the, not uncommon, case where the damaged vessel is the subject of a chain of sub-charters and sub-sub-charters, made at different dates, some of the charters may be profitable to the charterer though the respective rates of profit may be different, and some charters may result in a loss to the charterer. Is a sub-charterer who is wholly or partly released from a loss-making charter to be expected to contribute to the damages fund, in order to relieve the wrongdoer pro tanto? That would be surprising, yet it seems to be the logical consequence of treating the damages as a fund which is divisible among those who have suffered loss in proportion to their loss. And if claims for economic loss by sub-charterers are to be admitted, why not also claims by any person with a contractual interest in any goods being carried in the damaged vessel, and by any passenger in her, who suffers economic loss by reason of the delay attributable to the collision? An exceedingly wide new range of liability would be opened up. Their Lordships accordingly reject this submission.

Lord Fraser’s speech also noted that the appeal of the argument was strong in that case because the whole loss of use fell on only two parties. In the case at bar, the loss of use fell initially on only the four railways. However, if the theory of recovery is based on a transferred loss of use rationale, there

«la justice ne permet pas d’imputer au requérant [l’auteur du méfait] la valeur totale de la perte d’usage à moins que quelqu’un n’ait un droit d’action à cet égard *contre le requérant*» (italiques ajoutées.)

Si l’affrètement coque nue et l’affrètement à temps sont reconnus comme des contrats valides et exécutoires, il ne saurait être juste de ne pas en tenir compte ou de traiter les réclamations de parties à ces contrats comme si ces derniers n’existaient pas. Une autre réponse, peut-être moins technique, serait de dire que l’argument, s’il est admis, aurait des conséquences considérables qui iraient à l’encontre du principe reconnu en droit. Si cette exception à la règle interdisant l’indemnisation des personnes qui ont simplement un rapport contractuel avec la partie lésée était admise, il semble n’y avoir aucune raison pour laquelle les contrats sous forme d’affrètements à temps devraient être traités de façon différente à cet égard des autres contrats conclus entre le propriétaire ou le propriétaire cédant d’un navire et d’autres parties. Dans le cas fréquent où le navire endommagé est assujéti à une chaîne de sous-affrètements et de sous-sous-affrètements conclus à des dates différentes, certains des affrètements peuvent être rentables pour l’affréteur bien que les taux respectifs de profit puissent être différents, et certains affrètements peuvent entraîner une perte pour l’affréteur. Doit-on s’attendre à ce que le sous-affréteur qui est libéré en totalité ou en partie d’un affrètement entraînant une perte contribue au fonds des dommages-intérêts afin de dégager d’autant l’auteur du méfait? Cela serait surprenant, mais malgré tout il semble que ce soit la conséquence logique du fait de traiter les dommages-intérêts comme un fonds qui peut être divisé entre ceux qui ont subi une perte en proportion de leur perte. Et s’il faut admettre les réclamations pour perte économique présentées par des sous-affréteurs, pourquoi ne pas admettre également les réclamations présentées par toute personne ayant un droit découlant d’un contrat sur toutes les marchandises transportées dans le navire endommagé et par tout passager voyageant sur celui-ci, qui subit une perte économique en raison du retard attribuable à la collision? Cela donnerait lieu à un nouveau champ de responsabilité extrêmement étendu. Leurs Seigneuries rejettent donc cet argument.

Lord Fraser a également fait remarquer que cet argument avait beaucoup de poids dans cette affaire parce que la totalité de la perte d’usage était subie par seulement deux des parties. En l’espèce, la perte d’usage a été subie à l’origine par les quatre compagnies ferroviaires seulement. Toute-

is no reason to limit recovery to such cases. Obviously, all users of a damaged bridge suffer a loss of use of the bridge and damage to bridges, unlike damage to a single ship, is very likely to cause loss to a wide group of people. Difficulties of measuring, tracing, and apportioning damages would bring excessive uncertainties and complexity into damage actions, and thereby overburden the courts. There would be a significant risk of duplicate recovery. Setting up a fund to compensate all such losses in every case of transferred loss would be impractical.

The facts in *Candlewood*, as I noted, were more favourable to the plaintiff than those in this case. The time charterer was also the actual owner. It suffered exactly the same kind of damage as the owner would suffer. It constituted a single user whereas CN is merely one of four users of the bridge. The respondent attempted to distinguish *Candlewood* on a number of grounds. They first argued that the time charterer had mere contractual rights. If a time charterer who suffers the entire loss of use has mere contractual rights, I am unable to see how a company like CN, which merely suffers a partial loss of use, has anything more. Second, it asserts that the time charterer was attempting to recover loss of profit whereas it is trying to recoup losses. This contention involves a misreading of the case: the time charterer was claiming both for the amount of hire paid whilst the vessel was not operational and for loss of profits. Its claim to recoup losses was rejected as was its claim for lost profits.

fois, si la théorie de l'indemnisation est fondée sur le principe de la perte d'usage transférée, il n'y a aucune raison de limiter l'indemnisation à des affaires de ce genre. Il est évident que tous les usagers d'un pont endommagé subissent une perte d'usage du pont, et les dommages causés aux ponts, contrairement aux dommages causés à un seul navire, sont très susceptibles d'entraîner une perte pour un grand nombre de personnes. Les difficultés d'évaluation, d'identification et de répartition des dommages subis engendreraient une incertitude et une complexité excessives dans les actions en dommages-intérêts et auraient ainsi pour effet de surcharger les tribunaux. Il y aurait un risque élevé d'indemnisation en double. Il ne serait pas pratique d'établir un fonds pour l'indemnisation de toutes ces pertes dans chaque cas de perte transférée.

d

Dans l'affaire *Candlewood*, comme je l'ai mentionné, les faits étaient plus favorables à la demanderesse que ce n'est le cas en l'espèce. L'affrètement à temps était également le véritable propriétaire. Il a subi exactement le même genre de dommages que subirait le propriétaire. Il était le seul usager tandis que le CN n'est que l'un de quatre usagers du pont. L'intimée a essayé d'établir une distinction d'avec l'arrêt *Candlewood* pour un certain nombre de raisons. Elle a d'abord allégué que l'affrètement à temps possédait simplement des droits découlant d'un contrat. Si l'affrètement à temps qui subit toute la perte d'usage possède simplement des droits découlant d'un contrat, je ne puis concevoir comment une compagnie comme le CN, qui subit simplement une perte d'usage partielle, a quelque chose de plus. Deuxièmement, l'intimée affirme que l'affrètement à temps essayait de se faire indemniser de la perte de profits alors qu'elle essaie de se faire rembourser les pertes subies. Cette prétention suppose une interprétation erronée de l'affaire: l'affrètement à temps réclamait des dommages-intérêts tant pour le montant du loyer payé pendant que le navire n'était pas utilisable que pour la perte de profits. Sa demande de remboursement des pertes subies a été rejetée, tout comme l'a été sa demande d'indemnisation des profits perdus.

CN also attempted to distinguish the case on the ground that the defendants had no knowledge of the identity of the charterer or even that the vessel was chartered at all and that the plaintiff owned no adjacent property that was interfered with because of the negligent act; in sum, there was no special relationship. I shall deal with these arguments in Part III devoted to the special relationship question.

A time charterer typically suffers exactly the same type of damages the owner would have suffered. This gives particular force to the transferred loss argument in that context. The use value of the ship is limited to chartering fees and transport profits. The defendant would not be exposed to a different liability from that which he would ordinarily expect; see Feldthusen, *Economic Negligence*, *supra*, at p. 234. It is this similarity which explains why in certain cases in the United States, the rule against recovery by a time charterer has occasionally been relaxed. In *Venore Transportation Co. v. M/V Struma*, 583 F.2d 708 (1978), the time charterer had to continue paying charter hire during repairs. The court found that the time charterer could recover his lost charter hire but not lost profits, at pp. 710-11:

... payment for loss of use of the damaged vessel is a conventional item of recovery, and the fact that the charter party has transferred the risk of loss of use from the owner to the time charterer should not extinguish the right to a recovery of a traditional item of damages. [Emphasis added.]

I am uncertain whether it is advisable to so extend recovery to a type of damages that would normally be recovered by an owner. I am certain, however, that to extend recovery to everything that could be recovered by an owner would be impractical.

To accept wide recovery for transferred loss as proposed by the plaintiff here would have the effect of entitling the plaintiff to compensation in all cases dealing with contracts for the use of

Le CN a également essayé d'établir une distinction d'avec cette affaire pour le motif que les défendeurs ne connaissaient pas l'identité de l'affrèteur ou encore ne savaient pas que le navire avait même été affrété et que la demanderesse ne possédait aucune propriété adjacente sur laquelle il y avait eu empiétement en raison de l'acte négligent; en somme, il n'existait aucun rapport spécial. Je traiterai ces arguments dans la partie III consacrée à la question du rapport spécial.

Habituellement, l'affrèteur à temps subit exactement le même genre de dommages qu'aurait subis le propriétaire. Cela donne un poids particulier à l'argument de la perte transférée dans ce contexte. La valeur d'usage du navire se limite aux frais d'affrètement et aux profits tirés du transport. Le défendeur ne s'exposerait pas à une responsabilité différente de celle à laquelle il s'attendrait ordinairement; voir Feldthusen, *Economic Negligence*, *op. cit.*, à la p. 234. C'est cette similitude qui explique pourquoi, dans certains cas aux États-Unis, la règle interdisant l'indemnisation d'un affrèteur à temps a été parfois assouplie. Dans l'affaire *Venore Transportation Co. c. M/V Struma*, 583 F.2d 708 (1978), l'affrèteur à temps devait continuer de payer le loyer prévu dans l'affrètement durant les réparations. Le tribunal a conclu que l'affrèteur à temps pouvait être indemnisé de la perte du loyer prévu dans l'affrètement mais non des profits perdus, aux pp. 710 et 711:

[TRADUCTION] ... le paiement de la perte d'usage du navire endommagé est un poste d'indemnisation conventionnel, et le fait que la charte-partie a transféré le risque de perte d'usage du propriétaire à l'affrèteur à temps ne devrait pas éteindre le droit à l'indemnisation d'un poste traditionnel de dommages. [Je souligne.]

Je ne suis pas sûr qu'il soit souhaitable d'étendre ainsi l'indemnisation à un genre de dommages dont le propriétaire serait normalement indemnisé. Je suis toutefois certain qu'il ne serait pas pratique d'étendre l'indemnisation à tout ce dont le propriétaire pourrait être indemnisé.

Accepter une indemnisation générale de la perte transférée, comme le propose ici la demanderesse, aurait pour effet de donner au demandeur le droit d'être indemnisé dans toutes les affaires ayant trait

another's property. If loss of use is extended to include the costs of finding alternate sources for the same benefits, it goes considerably beyond what is normally payable to the owner in commercial cases, although admittedly it could be payable to the owner.

True transferred loss cases involve a claim which is in essence a claim for property damage which the owner himself would have recovered, had the loss not fallen on the plaintiff because of their contract. A true transferred loss case requires that the risk of property damage have passed, as in the case of goods damaged in transit after the risk (but not the property) has passed to the buyer. In such a case, unless the buyer is given a right of action, the carrier will be liable to neither party: not to the seller because he has suffered no loss, nor to the buyer who has no protected interest; see Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 164-65.

Even in that type of case, recovery was denied in the recent House of Lords decision in *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, *supra*, essentially on the ground that contract law provided a sufficient protection in the circumstances of that case. It was only the particular variation of the contract to which the buyers agreed that deprived them of their usual right of action.

The present is not a true transferred loss case. PWC has collected for the property damage it has sustained. The transferred loss claimed in this case is thus not with respect to the property damage claim. Rather, it is a claim for the transferred loss of use, or transferred economic loss.

In these circumstances, I fail to see how the respondent suffered a transferred loss such as to

à des contrats d'utilisation du bien d'une autre partie. S'il y a extension de la perte d'usage de manière à inclure les frais engagés pour trouver d'autres sources en vue de tirer les mêmes profits, on va bien au-delà de ce qui est normalement payable au propriétaire dans les affaires de nature commerciale quoique, de l'aveu de tous, ils pourraient être payables au propriétaire.

Les affaires où il y a une véritable perte transférée concernent une réclamation qui est essentiellement une demande d'indemnisation d'un dommage matériel dont le propriétaire lui-même aurait été indemnisé si la perte n'avait pas été subie par le demandeur en raison de leur contrat. Pour qu'il y ait véritable perte transférée, il faut qu'il y ait eu transmission du risque de dommage matériel, comme dans le cas des marchandises endommagées durant le transport après que le risque (mais non le bien) a été transmis à l'acheteur. Dans un tel cas, à moins qu'un droit d'action ne soit conféré à l'acheteur, le transporteur ne sera responsable envers aucune des parties: ni envers le vendeur parce qu'il n'a subi aucune perte, ni envers l'acheteur qui ne possède aucun droit protégé; voir Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), aux pp. 164 et 165.

Même dans ce genre d'affaire, l'indemnisation a été refusée dans l'arrêt récent de la Chambre des lords *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, précité, essentiellement pour le motif que le droit des contrats fournissait une protection suffisante dans les circonstances de cette affaire. C'est seulement la variante particulière du contrat que les acheteurs ont conclu qui les privait de leur droit d'action ordinaire.

L'espèce n'est pas un cas de véritable perte transférée. TPC a été indemnisé pour le dommage matériel qu'il a subi. La perte transférée dont on réclame l'indemnisation en l'espèce ne concerne donc pas la réclamation pour dommage matériel. La réclamation vise plutôt la perte d'usage transférée ou la perte économique transférée.

Dans ces circonstances, je ne vois pas comment l'intimée a subi une perte transférée de nature à

create an alternative protected interest to its contractual interest.

Common Adventure or Joint Venture

MacGuigan J.A. refers, at p. 167, to the finding of the trial judge that recovery is supported by “the CNR’s role in supplying materials and inspection and consulting services for the bridge, and CNR’s preponderant usage of the bridge, recognized even in the periodic negotiations for routine maintenance closings”. CN argues that these findings bring into play the “common adventure” cases: see *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265; *Aktieselskabet Cuzco v. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935).

I disagree. In my view, the appellants are correct in arguing that there was no common adventure in this case. The parties agreed that the bridge was owned, operated and maintained by the PWC. PWC was, by contract with the railways, obligated to operate and maintain the bridge.

CN’s preponderant usage of the bridge and participation in negotiations over bridge closure do not justify a finding of common adventure. I can see no reason to allow recovery based simply on the plaintiff’s status as a principal client. Undoubtedly, many suppliers of services consult with their principal clients with respect to planning necessary interruptions of supply so as to minimize disruption. While this is certainly good business practice, it does not establish a finding of common adventure.

CN also argues that paragraph 10 of its licence agreement (cited *supra*), together with its provision of materials for repairs, is sufficient to constitute a “common adventure” between itself and PWC. In my view, that provision is far from sufficient to create an alternative interest. While it does

créer un droit subsidiaire protégé s’ajoutant à son droit découlant du contrat.

Entreprise commune ou conjointe

À la page 167, le juge MacGuigan se reporte à la conclusion du juge de première instance selon laquelle l’indemnisation est justifiée par «le rôle que joue le CN en fournissant des matériaux et des services d’inspection et de consultation pour le pont, ainsi que l’utilisation prépondérante du pont par le CN, fait qui est admis même dans les négociations périodiques en vue de la fermeture pour l’entretien habituel». Le CN soutient que ces conclusions font intervenir les cas d’«entreprise commune»: voir *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265, *Aktieselskabet Cuzco c. The Sucarseco*, 294 U.S. 394 (1935).

Je ne suis pas d’accord. À mon avis, les appellants ont raison de soutenir qu’il n’y a aucune entreprise commune en l’espèce. Les parties ont convenu que le pont était possédé, exploité et entretenu par TPC. TPC était, en vertu du contrat conclu avec les compagnies ferroviaires, tenu d’exploiter et d’entretenir le pont.

L’usage prépondérant du pont par le CN et sa participation aux négociations relatives à la fermeture du pont ne justifient pas une conclusion à l’existence d’une entreprise commune. Je ne puis voir aucune raison de permettre l’indemnisation en me fondant simplement sur le statut de client principal de la demanderesse. Il ne fait aucun doute que beaucoup de prestataires de services consultent leurs principaux clients en ce qui concerne la planification des interruptions nécessaires de fourniture de services afin d’en minimiser les effets. Bien qu’il s’agisse sûrement d’une bonne pratique commerciale, elle ne permet pas de conclure à l’existence d’une entreprise commune.

Le CN prétend également que le paragraphe 10 de son contrat de licence (précité), conjugué au fait qu’il fournit les matériaux nécessaires aux réparations, suffit pour qu’il y ait «entreprise commune» entre lui-même et TPC. À mon avis, cette disposition est loin de suffire pour créer un autre droit.

provide that CN will make emergency repairs, it provides both for prior approval and reasonable reimbursement by Canada. The consulting services, inspections, maintenance and repairs are subject to a similar regime. These provisions merely provide for the establishment of further contractual relations between CN and PWC. CN is both a supplier to PWC and a contractor for services from PWC. None of the clauses provides for any joint responsibility for property losses. It would be curious if a bridge user could found a contractual loss claim on the fortuitous circumstance that it also was the company hired to fix the bridge on occasion.

There is no case for a common adventure that equates to the relationship between ship and cargo in a general average case. In cases of common adventure, A, the ship, has suffered damage which is recoverable against the wrongdoer C. B is bound to contribute to A's loss and seeks to recover the amount of its contribution from the wrongdoer: see *The Greystoke Castle*, *supra*, at p. 304, *per* Lord Simonds (dissenting). In *The Sucarseco*, *supra*, the United States Supreme Court considered a claim by owners of undamaged cargo against the non-carrying ship arising out of a collision. The cargo owners claimed for damages in the amount of their contributions to the general average. In allowing the claim, Hughes C.J. carefully distinguished the case before him from a general contractual claim (at pp. 404-5):

This is not a case of an attempt, by reason of "a tort to the person or property of one man," to make the tortfeasor liable to another "merely because the injured person was under a contract with that other, unknown to the doer of the wrong." See *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, 275 U.S. 303, 309; *Elliott Steam Tug Co. v. Shipping Controller* [1922] 1 K. B. 127, 139, 142; *The*

Bien que ce paragraphe prévoie effectivement que le CN effectuera les réparations d'urgence, il prévoit aussi que le Canada devra donner son approbation préalable et rembourser les frais raisonnables. Les services de consultation, les inspections, l'entretien et les réparations sont assujettis à un régime similaire. Ces dispositions prévoient simplement l'établissement de rapports contractuels supplémentaires entre le CN et TPC. Le CN est à la fois un fournisseur de TPC et une partie à un contrat pour la fourniture de services par TPC. Aucune des clauses ne prévoit une quelconque responsabilité conjointe pour les pertes matérielles. Il serait étrange que l'usager d'un pont puisse fonder une réclamation pour perte découlant d'un contrat sur le fait qu'il se trouvait par hasard à être également la compagnie engagée pour réparer le pont à l'occasion.

Il n'y a aucune raison de conclure à l'existence d'une entreprise commune qui équivaille au rapport existant entre le navire et la cargaison dans une affaire d'avarie commune. Dans les cas d'entreprise commune, A, le navire, a subi des dommages qui peuvent donner lieu à une demande d'indemnisation contre C, l'auteur du méfait. B est tenu de payer sa part de la perte subie par A et il cherche à récupérer ce montant auprès de l'auteur du méfait: voir *The Greystoke Castle*, précité, à la p. 304, lord Simonds (dissident). Dans l'affaire *The Sucarseco*, précitée, la Cour suprême des États-Unis a pris en considération une réclamation présentée, à la suite d'une collision, par les propriétaires d'une cargaison indemne contre le navire qui ne la transportait pas. Les propriétaires de la cargaison réclamaient des dommages-intérêts selon le montant de leur contribution à l'avarie commune. En faisant droit à la réclamation, le juge en chef Hughes a pris soin de distinguer l'affaire dont il était saisi d'avec une réclamation générale fondée sur un contrat (aux pp. 404 et 405):

[TRADUCTION] Il ne s'agit pas ici d'une tentative, en raison de «lésions corporelles ou d'un dommage matériel causés à une personne», de rendre l'auteur du délit responsable envers une autre personne «simplement parce que la personne lésée était liée par contrat avec cette autre personne qui n'était pas connue de l'auteur du méfait.» Voir *Robins Dry Dock & Repair Co. c. Flint*,

Federal No. 2, 21 F. (2d) 313. Here, cargo as well as ship was placed in jeopardy. That jeopardy was due in part to the negligence of the vessel against which the claim is made. The fact that the vessel and the cargo under the “Jason clause” bear their proportionate shares of the expenses gives Sucarseco no ground for a contention that the expenses themselves, or the share that cargo bears, were not occasioned directly by the tort. In the light of the nature of the general average contributions, and of the event which made them necessary, the fact that they were made under the stipulation in the “Jason clause” is no more a defense to Sucarseco than is the fact that the cargo was placed on board under a contract to carry it. [Emphasis added.]

Earlier in his reasons, the Chief Justice had underlined that the Jason clause “in no way changes the essential features of general average contributions” (at p. 402). In addition to the other distinctions with respect to the case at bar, the contractual clause in these cases largely serves to reaffirm the application of a special legal regime.

The Greystoke Castle, *supra*, is very similar to *The Sucarseco* and the House of Lords in fact relied on the American case. It involves the law of general average and is easily distinguishable from this case. I would confine Lord Roche’s dictum, at p. 280, to cases of general average and common adventure narrowly defined: see *Murphy v. Brentwood District Council*, *supra*, at p. 460, *per* Lord Keith. At the very least, a requirement exists that the expenses be incurred in avoiding or mitigating personal or property damage threatened by the defendant’s negligence: see Fleming, *supra*, at p. 164.

These cases involve discretionary decisions made in the common interest that impose cost disproportionately amongst those who benefit from the decision. In the words of Hughes C.J. in *The Sucarseco*, *supra*, at pp. 402-3: “It must still appear that voluntary and successful sacrifices have been made or extraordinary expenses

275 U.S. 303, 309; *Elliott Steam Tug Co. c. Shipping Controller* [1922] 1 K. B. 127, 139, 142; *The Federal No. 2*, 21 F. (2d) 313. En l’espèce, la cargaison ainsi que le navire ont été mis en péril. Ce péril était dû en partie à la négligence du navire contre lequel la réclamation a été présentée. Le fait qu’en vertu de la «clause Jason» le navire et la cargaison assument leurs parts proportionnelles des frais ne donne à Sucarseco aucun motif de prétendre que les frais eux-mêmes, ou la part que la cargaison assume, n’ont pas été occasionnés directement par le délit. Compte tenu de la nature des contributions à l’avarie commune et de l’événement qui les a rendues nécessaires, le fait qu’elles ont été faites en vertu de la stipulation contenue dans la «clause Jason» ne constitue pas plus un moyen de défense opposable à Sucarseco que le fait que la cargaison était placée à bord en vertu d’un contrat relatif à son transport. [Je souligne.]

Antérieurement dans ses motifs, le Juge en chef avait souligné que la clause Jason [TRADUCTION] «ne change nullement les caractéristiques essentielles des contributions à l’avarie commune» (à la p. 402). En plus des autres distinctions concernant l’affaire en cause, la clause contractuelle dans ces affaires sert essentiellement à réaffirmer l’application d’un régime juridique spécial.

L’arrêt *The Greystoke Castle*, précité, ressemble beaucoup à l’arrêt américain *The Sucarseco* sur lequel la Chambre des lords s’est effectivement fondée. Il concerne la règle de l’avarie commune et peut se distinguer facilement de la présente affaire. Je restreindrais l’opinion incidente de lord Roche à la p. 280, aux cas d’avarie commune et d’entreprise commune définis strictement: voir *Murphy c. Brentwood District Council*, précité, à la p. 460, lord Keith. À tout le moins, il existe une exigence que les dépenses soient engagées pour éviter ou atténuer la menace de lésions corporelles ou de dommage matériel qui résulte de la négligence du défendeur; voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 164.

Ces affaires comportent la prise, dans l’intérêt de tous, de décisions discrétionnaires qui répartissent disproportionnellement le coût parmi ceux qui tirent profit de la décision en cause. Pour reprendre les termes du juge en chef Hughes dans l’arrêt *The Sucarseco*, précité, aux pp. 402 et 403: [TRADUCTION] «Il doit encore apparaître que des sacrifices

incurred on behalf of those interested in the adventure in order to avert a common imminent peril, with resulting benefit to the adventure upon which the burden of such sacrifices and expenses appropriately rests." In my view, these general average cases are not applicable to the facts of this case. There was no common imminent peril. CN was not required to contribute to PWC's loss. The loss fell exactly where the contract between CN and PWC attributed it. It cannot suffice that losses were incurred by both parties, for that is always the case in this type of situation.

With respect to CN's voluntary contributions to bridge maintenance, which constitute the principal extra-contractual aspect of the relationship between the plaintiff and the property owner in this case, it should be remembered that CN and the other railways were paying a low price under the contract, merely sufficient to cover PWC's costs. In return, PWC's repair obligations under the contract were not particularly strict. In the event of the complete or partial destruction of the bridge or any damage thereto, the decision to replace or repair was entirely at Canada's discretion. Canada was under no obligation to rebuild, replace or repair such destruction or damage and the railway was not entitled to claim any compensation or damages. No time limits for repairs were provided for. It thus made perfect commercial sense for CN to voluntarily inspect and repair the bridge on occasion in its own interest, especially since it must, in any event, maintain the necessary manpower and equipment to repair its own bridges in the area. CN may have provided some maintenance services when it suited its purposes, but it cannot be said that CN operates and maintains the bridge. The railway had no obligation to provide any service without being paid. It also had no obligation to contribute financially in any manner to compensate any losses incurred by PWC. CN's voluntary

volontaires et fructueux ont été faits ou que des dépenses extraordinaires ont été engagées pour le compte de ceux qui sont intéressés dans l'entreprise afin d'éviter un péril commun imminent, et qu'il en a résulté un bénéfice pour l'entreprise sur laquelle repose à juste titre la charge de ces sacrifices et de ces dépenses.» À mon avis, ces cas d'avarie commune ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce. Il n'y avait aucun péril commun imminent. Le CN n'était pas tenu de payer sa part de la perte subie par TPC. La perte est survenue exactement là où le contrat intervenu entre le CN et TPC l'a attribuée. Il ne saurait suffire que les pertes aient été subies par les deux parties, car c'est toujours le cas dans ce genre de situation.

En ce qui concerne les contributions volontaires du CN à l'entretien du pont, qui constituent le principal aspect extra-contractuel du rapport entre la demanderesse et le propriétaire du bien en l'espèce, il faudrait se rappeler que le CN et les autres compagnies ferroviaires payaient un prix peu élevé aux termes du contrat, qui suffisait simplement à permettre à TPC de rentrer dans ses frais. En retour, les obligations de réparer que le contrat imposait à TPC n'étaient pas particulièrement strictes. En cas de destruction totale ou partielle du pont ou de tout dommage causé à celui-ci, la décision de le remplacer ou de le réparer était laissée à l'entière discrétion du Canada. Le Canada n'était nullement tenu de reconstruire, de remplacer ou de réparer le pont et la compagnie ferroviaire n'était pas autorisée à réclamer une indemnité ou des dommages-intérêts. Aucun délai n'était fixé pour effectuer les réparations. Il était donc parfaitement logique, sur le plan commercial, que le CN inspecte et répare volontairement le pont à l'occasion dans son propre intérêt, étant donné particulièrement qu'il devait, de toute façon, conserver la main-d'œuvre et le matériel nécessaires pour réparer ses propres ponts dans la région. Le CN a pu fournir certains services d'entretien quand cela lui convenait, mais on ne saurait dire que le CN exploite et entretient le pont. La compagnie ferroviaire n'était nullement tenue de fournir quelque service sans rémunération. Elle n'était pas tenue non plus de contribuer financièrement de quelque

contributions are not such as to constitute a joint venture.

It remains unclear to me how the Court is to proceed to establish the existence of a joint venture other than by looking at the contractual relationship between the plaintiff and the property owner. McLachlin J. considers that the evidence in this case is sufficient to establish the existence of a joint venture. With respect, I am unable to agree. None of the traditional indicia of a joint venture is present either through contract or extra-contractually. There was no legal entity in the nature of the partnership. There was no joint undertaking of any commercial enterprise. There was no duty to share both profits and losses. In my view, where the contractual or extra-contractual relationship between the parties excludes any form of possible joint liability or contribution in cases of loss of this type, a finding of the existence of a joint venture in this context is excluded.

In conclusion, I do not find the respondent's arguments to the effect that it had more than a mere contractual interest convincing. CN's entitlement to use the bridge finds its sole source in the contract. The contract sets out the full extent of CN's rights: without the contract, CN would be trespassing. It has wisely not argued the existence of any possessory interest. Its transferred loss is merely the transfer of a loss of use and is a less compelling case for recovery than the loss incurred by a time charterer. This case does not involve a common adventure such as exists in the cases dealing with general average contributions. As a result, I cannot accept the rationale for recovery set forth by McLachlin J., at pp. 1162-63, to the effect that the purpose of allowing recovery in this case is to permit "a plaintiff whose position for practical purposes, vis-à-vis the tortfeasor, is indistinguishable from that of the owner of the damaged property, to

manière à l'indemnisation des pertes subies par TPC. Les contributions volontaires du CN sont insuffisantes pour qu'il y ait entreprise commune.

^a Je ne vois pas très bien comment la Cour va procéder pour établir l'existence d'une entreprise commune autrement qu'en prenant en considération le rapport contractuel qui existe entre la demanderesse et le propriétaire du bien. Le juge McLachlin considère que la preuve présentée en l'espèce est suffisante pour établir l'existence d'une entreprise commune. En toute déférence, je ne puis être d'accord. On ne relève aucun signe traditionnel de l'existence d'une entreprise commune que ce soit dans un contrat ou en dehors d'un contrat. Il n'existait aucune entité juridique tenant d'une société en nom collectif. Il n'y avait aucune entreprise commune de nature commerciale. Il n'y avait aucune obligation de partager les profits et les pertes. À mon avis, lorsque le rapport contractuel ou extra-contractuel qui existe entre les parties exclut toute forme de responsabilité ou contribution conjointe possible dans les cas de perte de ce genre, on ne saurait conclure à l'existence d'une entreprise commune dans ce contexte.

^f En conclusion, je ne trouve pas convaincants les arguments de l'intimée selon lesquels elle possédait plus qu'un simple droit découlant d'un contrat. Le droit du CN d'utiliser le pont trouve son unique source dans le contrat. Le contrat indique toute la portée des droits du CN: sans le contrat, le CN commettrait une violation de propriété en empruntant le pont. Il a eu la sagesse de ne pas alléguer l'existence d'un droit de possession quelconque. Sa perte transférée ne réside que dans le transfert d'une perte d'usage et constitue un cas d'indemnisation moins impérieux que la perte subie par un affrètement à temps. La présente affaire ne porte pas sur une entreprise commune telle qu'il en existe dans les cas de contributions à l'avarie commune. ^g Par conséquent, je ne puis admettre le principe d'indemnisation énoncé par le juge McLachlin (aux pp. 1162 et 1163) selon lequel l'indemnisation en l'espèce vise à permettre «au demandeur dont la position, à toutes fins pratiques, vis-à-vis de l'auteur du délit, ne saurait être distinguée de celle du propriétaire des biens endommagés, de

recover what the actual owner could have recovered”.

CN’s recovery in the courts below, however, was not founded on a different interest than the typical contractual claimant; rather, it was founded on greater proximity with respect to the same interest. As a result, I propose to return to the issue of contractual relational economic loss. I will first examine the various proposals to relax the bright line rule. Then I will consider the rationale behind that rule in light of the proposals.

Part III: The Proposed Tests

CN argues that even if we reject its “alternative interests” argument and find its interest merely contractual, the existence of other factors is sufficient to constitute a special relationship with the tortfeasor and to ground recovery for its contractual claims in this case. In particular, it points to the high degree of subjective and objective foreseeability in this case as sufficient to constitute a special relationship between Norsk and CN, but other factors are invoked as well. The respondent does not deny the existence of the rule in *Cattle*. It contends, however, that the rationale for *Cattle* is simply that the mere disruption of contractual rights without more is insufficient to ground recovery. These arguments represent an attempt to qualify the application of the contractual relational economic loss exclusionary rule.

My colleague McLachlin J. has set forth guideposts for the search for the answer to the issue in the case at bar. In brief, she underlines the need for limits to liability, the need for the limits to be reasonably clear and the need for the rule to respond to considerations of policy and fairness. She also recognizes that a single rule for all economic loss cases is probably unattainable. I am in substantial agreement with her on these points but I consider

recouvrer ce que le véritable propriétaire aurait pu recouvrer».

Toutefois, les dommages-intérêts obtenus par le CN devant les tribunaux d’instance inférieure n’étaient pas fondés sur un droit différent de celui du réclamant typique en vertu d’un contrat; ils se fondaient plutôt sur l’existence d’un lien plus étroit en ce qui concernait le même droit. Je propose donc de revenir à la question de la perte économique relationnelle découlant d’un contrat. J’examinerai d’abord les diverses propositions visant à assouplir la règle de la démarcation très nette. J’étudierai ensuite le principe qui sous-tend cette règle à la lumière de ces propositions.

Partie III: Les critères proposés

Le CN soutient que, même si nous rejetons son argument fondé sur les «droits subsidiaires» et concluons que le droit qu’il possède découle simplement d’un contrat, l’existence d’autres facteurs suffit pour qu’il ait un rapport spécial avec l’auteur du délit et pour justifier qu’on fasse droit à ses réclamations fondées sur un contrat dans la présente affaire. Il attire notamment l’attention sur le fait que le degré élevé de prévisibilité subjective et objective en l’espèce suffit pour qu’il y ait un rapport spécial entre Norsk et le CN, mais d’autres facteurs sont également invoqués. L’intimée ne nie pas l’existence de la règle énoncée dans l’arrêt *Cattle*. Cependant, elle prétend que le principe établi dans cet arrêt prévoit simplement que la simple interruption de l’exercice des droits découlant d’un contrat sans plus est insuffisante pour justifier l’indemnisation. Ces arguments représentent une tentative en vue de limiter l’application de la règle d’exclusion de l’indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d’un contrat.

Ma collègue le juge McLachlin a énoncé les critères applicables à la recherche d’une réponse à la question qui se pose en l’espèce. En bref, elle souligne qu’il faut fixer des limites à la responsabilité, que ces limites doivent être raisonnablement claires et que la règle doit répondre à des considérations de principe et d’équité. Elle admet également qu’il est probablement impossible de parvenir à une seule règle qui soit applicable à tous les

that a number of additional aspects are relevant to the choice of a rule in this area.

First, with respect to the need for limits to liability, it is important to underline that perfect justice is not possible in this area; it is impossible to compensate everybody who suffers loss owing to their contractual relationships with the property owner. Some losses, which were undoubtedly incurred as a result of a defendant's negligence, are going to remain uncompensated. The challenge, then, is to come up with a rule that divides the winners and the losers in the best possible manner.

A good test should distinguish on a rational basis between potential plaintiffs, all of whom were injured by the defendants' negligence. The plaintiff's proposed rule should offer a convincing and practical rationale for distinguishing its claim from those other claims, contractual or otherwise, which are to be rejected. Victims whose claims are to be denied must perceive a minimum of justice in the result. In my view, none of the theories that involve the acceptance of CN's claim but which would lead to the rejection of the claims of the other railways can be accepted as just from this perspective.

A test for recovery in cases of economic loss to contractual entitlements caused by property damage to another party should reflect the characteristics of this type of litigation, described in Feldthusen, *Economic Negligence, supra*, at pp. 207-8:

The defendants in this type of case are not typically heinous wrongdoers, but rather individuals and enterprises engaged in common and useful social activity. The same is true of the plaintiffs who are inadvertently harmed by some unfortunate and often inevitable consequence of modern life. Few important moral, social or symbolic issues are involved. Here, if anywhere, the economists' suggestion that the law should devise rules which permit the occasionally incompatible activities of

cas de perte économique. Je suis d'accord avec elle sur ces points, mais je considère qu'un certain nombre d'aspects supplémentaires sont pertinents quant au choix d'une règle dans ce domaine.

Premièrement, en ce qui concerne la nécessité de fixer des limites à la responsabilité, il est important de souligner que la justice parfaite n'est pas possible dans ce domaine; il est impossible d'indemniser toute personne qui subit une perte en raison des rapports contractuels qu'elle a avec le propriétaire du bien. Certaines pertes, qui sont sans doute dues à la négligence d'un défendeur, ne feront pas l'objet d'une indemnisation. Le défi consiste alors à proposer une règle qui départage le mieux possible les gagnants des perdants.

Un bon critère devrait établir une distinction logique entre les demandeurs possibles qui ont tous été lésés par la négligence des défendeurs. La règle proposée par la demanderesse devrait offrir une raison convaincante et pratique de distinguer sa réclamation d'avec les autres réclamations, fondées sur un contrat ou sur un autre intérêt juridique, qui doivent être rejetées. Les victimes dont les réclamations doivent être rejetées doivent percevoir un minimum de justice dans le jugement rendu. À mon avis, aucune des théories qui comportent l'acceptation de la réclamation du CN mais qui aboutiraient au rejet des réclamations des autres compagnies ferroviaires ne peut être considérée comme juste de ce point de vue.

Le critère applicable à l'indemnisation d'une perte économique, à l'égard de droits découlant d'un contrat, causée par un dommage matériel subi par une autre partie devrait refléter les caractéristiques de ce genre de litige, décrites par Feldthusen dans *Economic Negligence, op. cit.*, aux pp. 207 et 208:

[TRADUCTION] Les défendeurs dans ce genre d'affaire sont habituellement non pas des auteurs de méfait odieux, mais plutôt des individus et des entreprises engagés dans des activités sociales courantes et utiles. Il en est de même des demandeurs auxquels un préjudice est causé par inadvertance en raison de certaines conséquences malencontreuses et souvent inévitables de la vie moderne. Peu de questions morales, sociales ou symboliques importantes sont en jeu. Dans cette affaire entre

plaintiffs and defendants to continue at the lowest possible total social cost should be taken seriously. This includes rules which encourage *both parties* to take cost-efficient accident prevention measures. And in respect of the unavoidable accidents which remain, it suggests that the loss should be borne by the party who can insure against it at the lowest cost. [Emphasis in original.]

This description is pertinent in the present case. A good rule should thus place some incentive on both parties to act in an economically rational manner to reduce total accident costs.

The rule must, of course, also confront the problem of indeterminacy. It is often suggested that this is the only problem the rule must confront. This was perhaps natural in light of the importance of potential indeterminate liability in negligent misrepresentation cases and the fact that the breakthrough in allowing recovery for economic loss came in *Hedley Byrne*. However, this confusion between the two issues tended to obscure the variety of issues raised in different kinds of economic loss cases. If the principal reason lying behind the broad exclusionary rule for pure economic loss is the concern over indeterminate liability, then the exclusionary rule can be easily discarded in favour of a more direct test of whether liability would be indeterminate. The plaintiff's case here is essentially built on this proposition and they offer this Court a wide variety of factual distinctions which they contend respond to the concern about indeterminate liability. As the above discussion indicates, I do not agree with that approach; a rule in this area should serve to do more than simply exclude indeterminate liability. However, in contractual economic loss cases, the proposed rule must certainly confront this issue.

toutes, il faudrait prendre au sérieux la suggestion des économistes selon laquelle le droit devrait concevoir des règles qui permettent que les activités parfois incompatibles des demandeurs et des défendeurs se poursuivent au plus bas coût possible pour la société. Cela inclut les règles qui encouragent les *deux parties* à prendre des mesures rentables de prévention des accidents. Quant aux accidents inévitables qui restent, cette approche laisse entendre que la perte devrait être assumée par la partie qui peut s'assurer contre elle au coût le moins élevé. [En italique dans l'original.]

Cette description est pertinente en l'espèce. Une bonne règle devrait donc inciter quelque peu les deux parties à agir d'une manière rationnelle sur le plan économique afin de réduire le coût total des accidents.

Il va sans dire que la règle doit également surmonter le problème de l'indétermination. On laisse souvent entendre que c'est le seul problème que doit surmonter la règle. Cela était peut-être naturel compte tenu de l'importance de risque de responsabilité indéterminée qui existe dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence et du fait que la percée permettant l'indemnisation de la perte économique ait eu lieu dans *Hedley Byrne*. Toutefois, cette confusion entre les deux problèmes tendait à obscurcir les diverses questions soulevées dans différents genres d'affaires de perte économique. Si la principale raison qui sous-tend la règle d'exclusion de portée générale applicable à la perte purement économique est la préoccupation relative à la responsabilité indéterminée, la règle d'exclusion peut alors être facilement écartée en faveur d'un critère plus direct où il s'agirait de déterminer si la responsabilité serait indéterminée. La preuve présentée par la demanderesse en l'espèce repose essentiellement sur cette proposition et il soumet à notre Cour toute une gamme de distinctions de fait qui, d'après lui, répondent à la préoccupation exprimée au sujet de la responsabilité indéterminée. Comme l'indique l'analyse ci-dessus, je ne suis pas d'accord avec cette méthode; une règle dans ce domaine devrait faire davantage que simplement exclure la responsabilité indéterminée. Cependant, dans les cas de perte économique découlant d'un contrat, la règle proposée doit certainement surmonter ce problème.

What then does it mean for a particular liability to be determinate? The first critical question is whether the liability needs to be determinate before or after the accident. It is important to underline that since most claims of this nature occur in the commercial area, the requisite certainty should exist before the accident occurs. A company like CN should be able to consult legal counsel and receive reasonably clear advice with respect to potential recovery in the case of an accident that is as common as a ship hitting a bridge. So should a company like Burlington Northern Railway. Even more importantly, when the shoe is on the other foot, CN should also be able to get some reasonably clear guidance from counsel with respect to its potential liabilities in a case where a train derails and damages a factory. Estimating such liability is, of course, a key aspect to the pricing of insurance for potential tortfeasors. Under the exclusionary rule, liability is determinate before the accident; unless the contract is such as to create a joint venture or a possessory interest, all parties are aware that no recovery will lie for damage to those contractual interests.

The second important point is that the objection is not simply to a large number of claims since an accident may injure a large number of people or cause extensive property damage. But in physical damage cases, the number of potential first-victim claims is usually foreseeable even when large. Even more importantly, it is rare for multiple physical damage claims to ripple down a chain; physical injury to one person rarely gives rise to physical injury to others down a chain: see Stapleton, *supra*, at p. 255. Such ripple effects are on the contrary the very essence of contractual relational economic loss. The concern is that the volume of

Que faut-il alors pour qu'une responsabilité en particulier soit déterminée? La première question cruciale est de savoir si la responsabilité doit être déterminée avant ou après l'accident. Il importe de souligner que, comme la plupart des réclamations de cette nature se présentent dans le domaine commercial, la certitude requise devrait exister avant que l'accident ne survienne. Une compagnie comme le CN devrait pouvoir consulter des conseillers juridiques et obtenir des avis raisonnablement clairs en ce qui concerne l'indemnisation possible dans le cas d'un accident aussi courant que la collision d'un navire avec un pont. Une compagnie comme Burlington Northern Railway devrait pouvoir le faire également. Qui plus est, lorsque c'est l'inverse qui se produit, le CN devrait également pouvoir obtenir de conseillers juridiques des conseils assez clairs sur sa responsabilité possible dans un cas où un train déraile et endommage une usine. L'évaluation d'une telle responsabilité constitue naturellement un aspect clé de la fixation du prix de l'assurance pour les auteurs de délits éventuels. En vertu de la règle d'exclusion, la responsabilité est déterminée avant l'accident; à moins que le contrat ne soit de nature à créer une entreprise commune ou un droit de possession, toutes les parties savent qu'il n'y aura pas d'indemnisation de l'atteinte à ces droits découlant d'un contrat.

Le deuxième point important est qu'on ne s'oppose pas simplement à un grand nombre de réclamations puisqu'un accident peut blesser un grand nombre de gens ou causer des dommages matériels considérables. Mais dans les cas de préjudice physique, le nombre possible de réclamations de première victime est habituellement prévisible même s'il est élevé. Aspect plus important encore, il est rare que des réclamations pour préjudice physique se multiplient par des effets d'enchaînement; les lésions corporelles causées à une personne entraînent rarement des lésions corporelles chez d'autres par enchaînement: voir Stapleton, *op. cit.*, à la p. 255. De tels effets d'enchaînement constituent au contraire l'essence même de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. On s'inquiète de ce que le nombre de réclamations soit

claims is indeterminate and therefore difficult and expensive to insure against.

A third important consideration is the indeterminacy of each claim. Recovery for contractual expectancies requires analysis of who bore the loss. What would happen if CN effectively passed on any increased costs incurred owing to the unavailability of the bridge to its customers? Refusing to address this question could result in a very expensive tort case leading to compensation for a party who suffered no loss. In a multi-stage chain of contracts, it becomes very difficult to analyze the economic effects of an accident on a particular link in the chain. A related concern is with false or inflated claims: see *Spartan Steel*, *supra*.

The problem with this case from the perspective of indeterminacy is that it involves a type of accident that will very likely lead to a great number of claims. It so happens that on the facts of this case, the number of injured parties is small. The fact that Norsk was fortunate enough to hit a bridge with few users does not make its potential liability for contractual relational economic loss any less indeterminate. Its liability after the accident is, of course, determinate; but beforehand, when potential tortfeasors are looking for insurance, they and their insurance company do not know which bridge will be hit. It seems odd to establish one set of rules for negligent tortfeasors who hit busy bridges—liability for economic loss is excused because of indeterminacy—and a different set for those who hit bridges used by few users.

I turn to an examination of the proposed tests. The principal authority in the Commonwealth allowing recovery for contractual relational economic loss is *Caltex*, *supra*. *Caltex* involved an oil refinery and pipeline owned by the Australian Oil

indéterminé et qu'il soit donc difficile et coûteux de s'assurer contre ce risque.

Un troisième facteur important est le fait que chaque réclamation est indéterminée. L'indemnisation des attentes en matière contractuelle exige qu'on procède à une analyse afin de déterminer qui a essuyé la perte. Qu'arriverait-il si le CN transmettait effectivement à ses clients toute augmentation des frais engagés en raison de l'impossibilité d'utiliser le pont? Le refus d'aborder cette question pourrait engendrer un cas de responsabilité délictuelle très coûteux qui entraînerait l'indemnisation d'une partie qui n'a subi aucune perte. Dans une chaîne de contrats à plusieurs maillons, il devient très difficile d'analyser les effets économiques d'un accident sur un maillon donné de la chaîne. Un problème connexe se pose en ce qui concerne les réclamations fausses ou exagérées: voir l'arrêt *Spartan Steel*, précité.

Le problème que soulève la présente affaire, du point de vue de l'indétermination, est qu'il est question d'un type d'accident fort susceptible d'engendrer une multitude de réclamations. Il arrive ainsi que, suivant les faits de la présente affaire, le nombre de parties lésées soit peu élevé. Le fait que Norsk a eu la chance de heurter un pont dont le nombre d'utilisateurs était peu élevé ne rend pas moins indéterminée sa responsabilité possible à l'égard de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat. Sa responsabilité après l'accident est naturellement déterminée; mais lorsque les auteurs de délits éventuels veulent s'assurer, ni eux ni leur compagnie d'assurances ne savent d'avance quel pont sera endommagé. Il semble étrange d'établir une série de règles applicables aux auteurs de délits par négligence qui heurtent des ponts achalandés—la responsabilité d'une perte économique est écartée pour cause d'indétermination—et une série différente de règles applicables à ceux qui heurtent des ponts dont les usagers sont peu nombreux.

Je passe maintenant à l'analyse des règles proposées. Le principal arrêt dans le Commonwealth qui permet l'indemnisation de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat est l'arrêt *Caltex*, précité. Cette affaire concernait une raffinerie

Refinery ("AOR") that carried oil to a terminal owned by the plaintiff Caltex. While oil was moving through the pipeline between the refinery and the Caltex terminal a dredge negligently damaged the pipeline. AOR was compensated for its loss as property owner.

Under the terms of the Caltex-AOR contract, the oil in the pipeline was owned by Caltex but was at the risk of AOR. Caltex claimed against the dredge and its owners for its economic loss resulting from the damage, specifically the expense to which it was put in arranging for continued supply of its terminal either by ship or road. One of the questions before the court was whether the plaintiff could recover damages for economic loss sustained as a result of damage negligently caused to the property of a third party. Although all five judges held that the right to economic loss must rest on something more than mere foreseeability they all agreed that the plaintiff must succeed. Each, however, suggested different approaches for the appropriate test to be applied. I shall examine the various proposed rules under the headings set out below.

Foreseeability of the Individual Plaintiff or of an Ascertained Class of Plaintiffs

CN heavily stressed the defendants' undoubtedly high level of subjective and objective knowledge that CN as a particular company would suffer loss. My colleague Stevenson J. relies on this factor as his principal ground for finding liability in this case. There is no question that Norsk knew and ought to have known that CN would suffer loss. Indeed, the facts reveal that the tug captain thought CN would suffer even more than it did, since he erroneously thought the bridge belonged

de pétrole et un pipeline appartenant à la compagnie Australian Oil Refinery («AOR»); le pipeline en cause servait à transporter le pétrole jusqu'à un terminal appartenant à la demanderesse Caltex. Pendant le transport du pétrole au moyen du pipeline entre la raffinerie et le terminal de Caltex, un dragueur a endommagé le pipeline par négligence. AOR a été indemnisée de sa perte en tant que propriétaire du pipeline.

Selon les modalités du contrat liant Caltex et AOR, le pétrole dans le pipeline appartenait à Caltex mais était sous la responsabilité d'AOR. Caltex a intenté une action contre le dragueur et ses propriétaires pour la perte économique découlant des dommages causés, plus précisément pour les dépenses qu'elle avait dû engager pour prendre des mesures afin de continuer d'approvisionner son terminal par bateau ou par route. L'une des questions dont la cour était saisie était de savoir si la demanderesse pouvait être indemnisée de la perte économique subie à la suite de dommages causés par négligence au bien d'un tiers. Bien que les cinq juges aient statué que le droit à l'indemnisation d'une perte économique doit reposer sur quelque chose de plus que la simple prévisibilité, ils ont tous convenu que la demanderesse devait obtenir gain de cause. Cependant, chacun a suggéré une façon différente d'aborder le critère qui devait être appliqué. Je vais examiner les diverses règles proposées sous les rubriques inscrites ci-après.

Prévisibilité d'un demandeur particulier ou d'une catégorie déterminée de demandeurs

Le CN a insisté grandement sur le niveau indubitablement élevé de connaissance subjective et objective des défendeurs que le CN en tant que compagnie particulière subirait une perte. Mon collègue le juge Stevenson invoque ce facteur comme principal motif pour conclure à la responsabilité dans la présente affaire. Il ne fait pas de doute que Norsk savait et aurait dû savoir que le CN subirait une perte. En effet, il ressort des faits que le capitaine du remorqueur pensait que le CN subirait une perte encore plus grande que celle qu'il a subie, car il croyait à tort que le pont lui

to it. I am unable to see the importance of this "excess of foresight" in policy terms, however.

First, the subjective view of the defendants with respect to the ownership of the bridge is obviously not sufficient to ground a claim. Such an error does not, of course, negate the defendants' duty with respect to the actual owner of the property. Why should it have the effect of creating new duties in the absence of a protected interest? It remains true, however, that Norsk could reasonably foresee that a specific plaintiff, CN, would suffer loss as a contractual claimant. Should this factor distinguish CN from other contractual claimants?

Two judges in *Caltex* suggested versions of an individual plaintiff test, at least one that would allow recovery in this case. At the level of a general test for all cases of pure economic loss, Mason J. adopted what can be termed the specific individual test. "A defendant", he held at p. 274, "will then be liable for economic damage due to his negligent conduct when he can reasonably foresee that a specific individual, as distinct from a general class of persons, will suffer financial loss as a consequence of his conduct". Gibbs J. also incorporated the known plaintiff test into his analysis as a necessary but not sufficient condition for liability (at p. 245). As he saw it, the existence of a common adventure or physical propinquity may have supporting roles, but are neither necessary nor sufficient. The ascertained class test would allow recovery where the defendant knows or has the means of knowing that the persons likely to be affected by his or her negligence consist of a definite number of persons.

In *Candlewood*, *supra*, at p. 24, the House of Lords rejected the individual plaintiff test and the ascertained class of plaintiffs test in the following terms:

appartenait. Toutefois, je ne puis voir l'importance de cette «prévision excessive» sur le plan des principes.

^a Premièrement, le point de vue subjectif des défendeurs en ce qui concerne la propriété du pont ne suffit évidemment pas à justifier une réclamation. Il va sans dire, qu'une telle erreur n'annule pas l'obligation des défendeurs en ce qui concerne le véritable propriétaire du bien. Pourquoi devrait-elle avoir pour effet de créer de nouvelles obligations en l'absence d'un droit protégé? Il reste vrai cependant que Norsk pouvait raisonnablement prévoir qu'un demandeur précis, le CN, subirait une perte en tant qu'auteur d'une réclamation fondée sur un contrat. Ce facteur devrait-il distinguer le CN d'avec d'autres auteurs de réclamations fondées sur un contrat?

^d Dans l'arrêt *Caltex*, deux juges ont proposé des versions d'une règle exigeant un demandeur particulier, dont l'une au moins permettrait l'indemnisation en l'espèce. Le juge Mason a adopté, en tant que règle générale applicable à tous les cas de perte purement économique, la règle dite du demandeur connu. [TRADUCTION] «Un défendeur», dit-il, à la p. 274, «sera alors responsable du préjudice économique résultant de sa conduite négligente lorsqu'il peut raisonnablement prévoir qu'une personne en particulier, par opposition à une catégorie générale de personnes, subira une perte financière du fait de sa conduite». Le juge Gibbs a également incorporé la règle du demandeur connu dans son analyse comme étant une condition nécessaire mais non suffisante de la responsabilité (à la p. 245). D'après lui, l'existence d'une entreprise commune ou d'une proximité physique peut jouer un rôle de soutien, mais elle n'est ni nécessaire ni suffisante. La règle de la catégorie déterminée, quant à elle, permettrait l'indemnisation lorsque le défendeur sait ou a le moyen de savoir qu'il y a un nombre déterminé de personnes susceptibles d'être touchées par sa négligence.

ⁱ Dans l'arrêt *Candlewood*, précité, à la p. 24, la Chambre des lords a rejeté en ces termes la règle exigeant un demandeur particulier et celle exigeant une catégorie déterminée de demandeurs:

Their Lordships have carefully considered these reasons for the decision in the *Caltex* case, 136 C.L.R. 529. With regard to the reasons given by Gibbs and Mason JJ., their Lordships have difficulty in seeing how to distinguish between a plaintiff as an individual and a plaintiff as a member of an unascertained class. The test can hardly be whether the plaintiff is known by name to the wrongdoer. Nor does it seem logical for the test to depend upon the plaintiff being a single individual. Further, why should there be a distinction for this purpose between a case where the wrongdoer knows (or has the means of knowing) that the persons likely to be affected by his negligence consist of a definite number of persons whom he can identify either by name or in some other way (for example as being the owners of particular factories or hotels) and who may therefore be regarded as an ascertained class, and a case where the wrongdoer knows only that there are several persons, the exact number being to him unknown, and some or all of whom he could not identify by name or otherwise, and who may therefore be regarded as an unascertained class? Moreover much of the argument in favour of an ascertained class seems to depend upon the view that the class would normally consist of only a few individuals. But would it be different if the class, though ascertained, was large? Suppose for instance that the class consisted of all the pupils in a particular school. If it was a kindergarten school with only six pupils they might be regarded as constituting an ascertained class, even if their names were unknown to the wrongdoer. If the school was a large one with over a thousand pupils it might be suggested that they were not an ascertained class. But it is not easy to see a distinction in principle merely because the number of possible claimants is larger in one case than in the other. Apart from cases of negligent misstatement, with which their Lordships are not here concerned, they do not consider that it is practicable by reference to an ascertained class to find a satisfactory control mechanism which could be applied in such a way as to give reasonable certainty in its results.

In *Kamloops*, *supra*, Wilson J. also questioned the advisability of the individual plaintiff test. At pages 30-31, she stated:

[TRANSLATION] Leurs Seigneuries ont examiné soigneusement les motifs du jugement dans l'affaire *Caltex*, 136 C.L.R. 529. En ce qui concerne les motifs exprimés par les juges Gibbs et Mason, leurs Seigneuries ont de la difficulté à concevoir comment faire la distinction entre un demandeur pris individuellement et un demandeur en tant que membre d'une catégorie indéterminée. Le critère peut difficilement être celui de savoir si le nom du demandeur était connu de l'auteur du méfait. Il ne semble pas logique non plus que le critère dépende du fait que le demandeur soit un simple particulier. En outre, pourquoi faudrait-il faire une distinction à cette fin entre une affaire où l'auteur du méfait sait (ou a le moyen de savoir) qu'il y a un nombre déterminé de personnes susceptibles d'être touchées par sa négligence qu'il peut identifier soit par leur nom soit d'une autre façon (par exemple comme étant les propriétaires d'usines ou d'hôtels déterminés) et qui peuvent donc être considérées comme une catégorie déterminée, et une affaire où l'auteur du méfait sait seulement qu'il y a plusieurs personnes, dont il ne connaît pas le nombre exact, qu'il ne pouvait pas identifier en totalité ou en partie par leur nom ou autrement, et qui peuvent donc être considérées comme une catégorie indéterminée? De plus, l'argument en faveur d'une catégorie déterminée semble dépendre en grande partie de l'opinion selon laquelle la catégorie ne comprendrait normalement que quelques individus. Mais cela serait-il différent si la catégorie, bien que déterminée, était vaste? Supposons, par exemple, que la catégorie comprenait tous les élèves d'une école donnée. Si c'était une maternelle de seulement six élèves, ils pourraient être considérés comme formant une catégorie déterminée, même si leurs noms n'étaient pas connus de l'auteur du méfait. S'il s'agissait d'une grande école d'environ mille élèves, on pourrait laisser entendre qu'ils ne constituaient pas une catégorie déterminée. Mais il n'est pas facile de voir une distinction de principe simplement parce que le nombre de réclamants possibles est plus élevé dans un cas que dans l'autre. Sauf en ce qui concerne les cas de renseignements inexacts fournis par négligence, qui n'intéressent pas leurs Seigneuries en l'espèce, celles-ci ne considèrent pas qu'il est pratique, par rapport à une catégorie déterminée, de trouver un mécanisme de contrôle satisfaisant qui pourrait s'appliquer de façon à donner des résultats d'une certitude raisonnable.

Dans l'arrêt *Kamloops*, précité, le juge Wilson a également mis en doute l'à-propos de la règle exigeant un demandeur particulier. Aux pages 30 et 31, elle affirme:

It is quite apparent that Gibbs and Jacobs JJ., and possibly Stephen J. also, were seeking some means of permitting recovery for pure economic loss while avoiding the undesirable consequences of applying the reasonable foreseeability rule, namely indeterminate liability to an indeterminate class. They saw the solution in limiting foreseeability to specific individuals rather than members of a class. I am not sure, however, that their exception solves the problem. It may make the class determinate but it gives no guarantee that it will be small.

Both Lord Fraser of Tullybelton's unanimous opinion and Wilson J.'s majority opinion stressed the practical difficulties in applying such a test. I agree that the practical difficulties of applying such a test are considerable to say the least.

In my view, problems also exist at the level of principle. In the absence of any malicious intent on the part of the defendant, of what significance is the fact that the defendant knew that the individual plaintiff would suffer? In my view, its only role is to limit liability. The individual plaintiff or class of plaintiff or special relationship test serves a very different and more focused policy function in the context of the negligent misrepresentation cases where it has been employed: see *Hedley Byrne, supra; Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164. Professor Feldthusen remarks as follows on its function in those cases ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pp. 376-77):

... the duty of care is derived from a business relationship between the parties which antedates, and is independent from, the negligent act. The assumption of responsibility or special relationship duty tests and the known limited class remoteness test were developed to deal with transaction-specific negligence. The defendant makes a reflective transactional undertaking to a third party which affects (and is probably intended to affect) the plaintiff. The defendant is actually contemplating advice or service and its consequences in the transaction. It makes some sense to speak of parties known to be at risk from the contemplated transaction. The entire

Il est clair que les juges Gibbs et Jacobs, et peut-être aussi le juge Stephen, cherchaient un moyen de permettre l'indemnisation d'une perte purement financière tout en évitant les inconvénients de l'application de la règle de la prévisibilité raisonnable, savoir l'imposition d'une responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée de demandeurs. Comme solution ils ont choisi de limiter la prévisibilité à des personnes précises plutôt qu'aux membres d'une catégorie de personnes. Je ne suis cependant pas certaine que leur exception résout le problème. Elle peut rendre déterminée la catégorie de personnes mais ne garantit pas qu'elle sera limitée.

Tant l'opinion unanime exprimée par lord Fraser of Tullybelton que l'opinion majoritaire du juge Wilson soulignaient les difficultés pratiques que soulève l'application d'une telle règle. Je conviens que les difficultés pratiques que soulève l'application d'une telle règle sont à tout le moins considérables.

À mon avis, il existe également des problèmes au niveau des principes. En l'absence de toute intention malveillante de la part du défendeur, jusqu'à quel point est-il important que le défendeur ait su que ce demandeur particulier subirait un préjudice? Selon moi, son seul rôle est de limiter la responsabilité. La règle exigeant un demandeur particulier ou une catégorie de demandeurs ou encore l'existence d'un rapport spécial joue un rôle de principe très différent et plus focalisé dans le contexte des affaires de déclaration inexacte faite par négligence où elle a été utilisée: voir *Hedley Byrne*, précité, *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164. Le professeur Feldthusen fait observer ce qui suit au sujet du rôle de cette règle dans ces affaires ((1990-91), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pp. 376 et 377):

[TRADUCTION] ... l'obligation de diligence découle d'un rapport commercial entre les parties qui existait avant l'acte négligent et qui est indépendant de cet acte. Les critères de l'endossement de la responsabilité ou de l'obligation découlant de l'existence d'un rapport spécial et le critère de l'éloignement d'une catégorie limitée connue ont été conçus pour traiter la négligence propre aux affaires. Le défendeur prend un engagement transactionnel réfléchi envers un tiers qui touche (et qui vise probablement à toucher) le demandeur. Le défendeur envisage des conseils ou des services et leurs conséquences sur la transaction. Il est assez logique de parler

thrust of misrepresentation and services law is to limit liability to contemplated transaction-specific situations. One may describe this in proximity language, but it is a different use of the proximity principle than in a relational case. [Emphasis added.]

Those cases involve the defendant's making a representation voluntarily. It makes sense to impose upon the defendant a requirement that he or she put his or her mind to the question of who might be affected, since the defendant has the opportunity to reflect on this issue before making the representation: see *Haig v. Bamford, supra*.

Here we are dealing with an accident. There is no intention to affect the plaintiff; rather the effect on the plaintiff is merely a result of the accident. Norsk cannot be said to contemplate a particular act of negligence, a particular plaintiff or a particular loss in the same sense as a bank manager who provides financial information. Knowledge of the individual plaintiff serves solely to eliminate "indeterminate liability": it operates arbitrarily both in terms of singling out defendants and in terms of singling out plaintiffs.

In the context of an accident, this criteria has thus no link with fault or with a lack of care; surely no one is suggesting tort law should strive to protect bridges with high profile users more than bridges used by anonymous users, or that defendants who damage bridges with high profile users are more guilty than others. Its sole function is to distinguish one plaintiff from another and thus "solve" the indeterminacy problem, a function that could be as effectively performed by a rule based on the colour of CN's trains.

Allowing CN's claim to be distinct from the other contractual victims by virtue of its particular foreseeability as an individual victim would in my view give rise to an unjust rule owing to its sheer arbitrariness. It serves neither to distinguish particularly meritorious victims, nor to single out partic-

de parties considérées comme étant à risque à partir de la transaction envisagée. La visée essentielle du droit régissant les déclarations inexactes et les services est de restreindre la responsabilité au contexte d'une transaction spécifique et prévue. On peut décrire cela en termes de lien étroit, mais c'est une utilisation du principe du lien étroit qui n'est pas la même que dans un cas de perte relationnelle. [Je souligne.]

Dans ces affaires, le défendeur fait une déclaration volontairement. Il est logique d'imposer au défendeur l'obligation de se demander qui pourrait être touché, puisque le défendeur a l'occasion de réfléchir à cette question avant de faire la déclaration: voir l'arrêt *Haig c. Bamford*, précité.

Il est question ici d'un accident. Il n'y avait aucune intention de toucher le demandeur; les répercussions sur celui-ci découlent simplement de l'accident. On ne peut pas dire que Norsk envisageait un acte particulier de négligence, un demandeur particulier ou une perte particulière dans le sens où le ferait un directeur de banque qui fournit des renseignements financiers. La connaissance du demandeur particulier sert uniquement à éliminer la «responsabilité indéterminée»: elle fonctionne arbitrairement tant pour départager les défendeurs que pour départager les demandeurs.

Dans le contexte d'un accident, ce critère n'a donc aucun lien avec la faute ou avec un manque de diligence; personne ne prétend que le droit de la responsabilité délictuelle devrait s'efforcer de protéger les ponts dont les usagers sont très connus encore plus que les ponts dont les usagers sont anonymes, ou que les défendeurs qui endommagent des ponts dont les usagers sont très connus sont plus coupables que les autres. Son seul rôle est de distinguer un demandeur d'un autre et de «résoudre» ainsi le problème de l'indétermination, rôle qui pourrait être joué aussi efficacement par une règle fondée sur la couleur des trains du CN.

Permettre de distinguer le CN des autres victimes en vertu d'un contrat parce qu'il était particulièrement prévisible qu'il serait une victime aurait pour effet, à mon avis, de créer une règle injuste à cause de sa nature purement arbitraire. Cela ne permet pas de discerner les victimes qui

ularly careless tortfeasors. Its sole function is to reduce the class of claimants to a small group, a function that could be equally well performed by any other factual distinction. Further, the test would have the effect of singling out the wrong parties for relief. It would offer a premium to notoriety, a premium for which I can find no legal or social justification, particularly since such persons are most likely to advert to the matter and to contract out or insure against the harm.

The Defendant's Foresight with Respect to the Specific Nature of the Loss Incurred by the Plaintiff

The second factor put forward as founding proximity is that Norsk foresaw the specific nature of the loss incurred by CN. The argument based on the foreseeability of the specific nature of the loss would presumably found recovery for all three railroads, so it sits rather awkwardly with CN's unique relationship claim. It is also clearly insufficient to function on its own as a limit on indeterminate damages, since even if there were thousands of users of the bridge, the specific nature of the losses incurred would be foreseeable for all users. In practically all cases of this type, the defendant will be aware that the "specific nature of the loss" will be the loss of use of the property he or she has damaged.

Additionally, the tortfeasor does not actually know the specific nature of the loss, since the allocation of the loss will depend primarily on the terms of the contract between the plaintiff and the property owner as well as on other contracts between the plaintiff and the other parties. It is certain that Norsk knew that CN's use of the bridge would be interrupted. What is less clear and in fact quite doubtful is whether Norsk knew about the allocation of risk of bridge failure in the contract between CN and PWC.

méritent particulièrement d'être indemnisées ou encore les auteurs de délits particulièrement négligents. Son seul rôle est de réduire à un petit groupe la catégorie des réclamants, ce que toute autre distinction factuelle permettrait aussi bien de faire. En outre, le critère aurait pour effet d'accorder l'indemnisation aux parties les moins méritantes. Il accorderait beaucoup d'importance à la notoriété, importance pour laquelle je ne puis trouver aucune justification juridique ou sociale, étant donné particulièrement que ces personnes risquent fort d'être celles qui sont les mieux placées pour mesurer le risque et de s'y soustraire par contrat ou par assurance.

La prévision par le défendeur de la nature précise de la perte du demandeur

Le deuxième facteur mis de l'avant pour justifier l'existence d'un lien étroit est que Norsk a prévu la nature précise de la perte subie par le CN. L'argument fondé sur la prévisibilité de la nature précise de la perte justifierait vraisemblablement l'indemnisation des trois compagnies ferroviaires, de sorte que cela sied plutôt mal avec la réclamation du CN fondée par ailleurs sur son unicité. Il est aussi nettement insuffisant pour limiter à lui seul les dommages indéterminés, puisque, même s'il y avait des milliers d'usagers du pont, la nature précise des pertes subies serait prévisible pour tous les usagers. Dans presque toutes les affaires de ce genre, le défendeur sait que la «nature précise de la perte» sera précisément la perte d'usage du bien qu'il aura endommagé.

De plus, l'auteur du délit ne connaît pas vraiment la nature précise de la perte, puisque la répartition de la perte dépendra principalement des modalités du contrat passé entre le demandeur et le propriétaire du bien et de celles d'autres contrats passés entre le demandeur et les autres parties. Il est certain que Norsk savait que l'utilisation du pont par le CN serait interrompue. Ce qui est moins évident et, en fait, assez douteux, c'est de savoir si Norsk était au courant de la répartition du risque d'interruption de la circulation sur le pont dans le contrat intervenu entre le CN et TPC.

It is thus incorrect to say that, because Norsk knew that CN's use of the bridge would be interrupted, it knew the "precise nature of the loss" CN would incur. The precise nature of the loss, and in fact whether any loss is incurred at all, would be a result of the contractual allocation of risk, of which Norsk would normally be unaware. In many cases of contractual relational loss, the variety of contractual entitlements will be much greater and more complex.

Physical Proximity

The third factor that is said to found proximity is the physical proximity of CN's property to the accident. CN's property is closely joined to the bridge on both sides of the river and the bridge forms an integral part of its railway network. CN relies here primarily on the judgment of Jacobs J. in *Caltex*. Jacobs J. there recognized that where the plaintiff's loss arises solely from a contractual relationship with a third party, recovery will be denied (at p. 279). However, he held, at p. 279, that if the damage arose owing to "physical effect on the person or property of the plaintiff, it will not be irrecoverable simply because it is economic loss". The judge, at p. 278, defined physical effect short of physical injury as an act or omission that prevents physical movement of a person or physical movement or operation of property. In that case, the physical effect was the immobilization of the flow of crude oil through the pipeline.

CN does not, in my view, meet this physical effect test, even if such a test were adopted. Its trains have certainly not been immobilized. Its land has not been damaged and it makes no sense to speak of its being immobilized. In the absence of such a "physical effect", physical proximity of property cannot constitute an alternative potential interest. As the appellants rightly point out, the other railways suffered identical damages despite not owning any property in physical proximity to the accident.

Il n'est donc pas correct de dire que, parce que Norsk savait qu'il y aurait interruption de l'utilisation du pont par le CN, elle connaissait la «nature précise de la perte» que subirait le CN. La nature précise de la perte et, en fait, la question de savoir si une perte a vraiment été subie résulteraient de la répartition contractuelle du risque, dont Norsk ne serait normalement pas au courant. Dans bien des cas de perte relationnelle découlant d'un contrat, la gamme des droits contractuels est plus étendue et plus complexe.

Proximité physique

Le troisième facteur qui, dit-on, justifie l'existence d'un lien étroit est la proximité physique entre le bien du CN et le lieu de l'accident. Le bien du CN est relié étroitement au pont des deux côtés du fleuve et le pont fait partie intégrante de son réseau ferroviaire. Le CN s'appuie ici principalement sur les motifs du juge Jacobs dans l'affaire *Caltex*. Le juge Jacobs y a reconnu que, lorsque la perte du demandeur résulte seulement d'un rapport contractuel avec un tiers, l'indemnisation est refusée (à la p. 279). Toutefois, il a conclu, à la p. 279, que, si le préjudice résulte de [TRADUCTION] «l'effet physique sur la personne ou le bien du demandeur, il ne sera pas irréparable simplement parce qu'il constitue une perte économique». À la page 278, le juge a défini l'effet physique, en dehors de la lésion corporelle ou du dommage matériel, comme un acte ou une omission qui a pour effet d'immobiliser une personne ou d'empêcher le déplacement ou l'exploitation d'un bien. Dans cette affaire, l'effet physique était l'arrêt de l'écoulement du pétrole brut dans le pipeline.

Le CN ne satisfait pas, à mon avis, à ce critère de l'effet physique, même si celui-ci était adopté. Ses trains n'ont certainement pas été immobilisés. Ses terrains n'ont pas été endommagés et il est irrationnel de dire qu'ils sont immobilisés. En l'absence d'un tel «effet physique», la proximité physique du bien ne saurait constituer un droit subsidiaire potentiel. Comme les appelants le soulignent à juste titre, les autres compagnies ferroviaires ont subi des dommages identiques même si elles ne possédaient pas un bien situé près du lieu de l'accident.

The application of this test would also lead to minimal damages even if it were met. Jacobs J. describes the damages that flow from his test as being limited to those resulting from the physical effect. In the *Caltex* case, the quantification of the damage was conceded. No inquiry was required as to whether all the crude oil for which alternative arrangement had to be made was “at the time of the incident already in physical propinquity to the place of the incident”. In the case at bar, however, damages under this test would presumably be recoverable only as regards those trains that were in “physical propinquity” to the bridge when the barge hit the bridge. How close they would have to be is a matter for speculation.

My colleague McLachlin J. has adopted a geographic proximity factor as one element of her proximity analysis. With respect, I am unable to discern any policy significance in the fact that a particular plaintiff owns property in proximity to an accident.

Proximity

The fourth approach taken by the respondent is more general and involves deciding economic loss cases on the basis of proximity. To this end it puts forward not only the three above mentioned factors regarding its relationship with Norsk but also the aspects of its relationship with PWC which I examined, i.e., the alleged common adventure and the transferred loss. In fact, it provides the Court with a lengthy list of factors which, it alleges, create the necessary proximity in this case.

Stephen J. in *Caltex* adopted this approach. My colleague McLachlin J. also relies on this approach. I agree with Stevenson J. that the concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line on the issue of liability for the reasons expressed by him (at

L'application de ce critère aboutirait également à des dommages-intérêts minimum même si on y satisfaisait. Le juge Jacobs décrit les dommages-intérêts qui découlent de son critère comme se limitant à ceux qui résultent de l'effet physique. Dans l'affaire *Caltex*, la quantification du préjudice a été concédée. Aucune enquête n'a été requise pour déterminer si tout le pétrole brut pour lequel on avait du prendre des mesures de rechange était [TRADUCTION] «déjà près du lieu de l'incident au moment où celui-ci est survenu». En l'espèce toutefois, les dommages selon ce critère, ne pourraient probablement donner lieu à indemnisation qu'en ce qui concerne les trains qui étaient «près» du pont lorsque le chaland l'a heurté. La question de savoir à quelle distance ils devraient être donne lieu à des conjectures.

Ma collègue le juge McLachlin a adopté un facteur de proximité géographique comme l'un des éléments de son analyse du lien étroit. En toute déférence, je ne puis discerner aucune importance, en principe, dans le fait qu'un demandeur particulier possède un bien situé près du lieu d'un accident.

Lien étroit

La quatrième méthode adoptée par l'intimée est plus générale et vise à trancher les cas de perte économique en fonction de l'existence d'un lien étroit. À cette fin, elle met de l'avant non seulement les trois facteurs susmentionnés relatifs à son rapport avec Norsk mais également les aspects de son rapport avec TPC que j'ai examinés, c.-à-d. l'entreprise commune alléguée et la perte transférée. En fait, elle fournit à la Cour une longue liste de facteurs qui, selon elle, créent le lien étroit nécessaire en l'espèce.

Dans l'affaire *Caltex*, le juge Stephen a adopté cette méthode. Ma collègue le juge McLachlin s'appuie également sur cette méthode. Je conviens avec le juge Stevenson que la notion de lien étroit n'est pas susceptible de fournir une justification, fondée sur des principes, qui permette de définir l'étendue de la responsabilité, pour les motifs qu'il a exprimés (à la p. 1178). Comme il le fait remar-

p. 1178). As he notes, it expresses a result, rather than a principle.

The Argument from Morality

Stephen J.'s opinion in *Caltex*, at p. 255, rejects the exclusionary rule since it possesses the "unattractive quality of being quite unresponsive to the grossness of the wrongdoer's want of care in its exclusion of non-consequential economic loss". In a similar vein, McLachlin J. at p. 1159 criticizes the contractual allocation of risk argument on the ground that it "overlooks the historical centrality of personal fault to our concept of negligence or 'delict' and the role this may have in curbing negligent conduct and thus limiting the harm done to innocent parties, not all of whom are large enterprises capable of maximizing their economic situation". With respect, liability in this particular area should not be established based on the court's perception of the extent of the defendant's moral fault.

Liability is very often vicarious in cases like the present one. Vicarious liability is not based on the breach of any personal duty owed by the employer, but on his or her employee's tort being imputed to him or her: see Fleming, *supra*, at p. 341. As Fleming notes, "[t]he hallmark of vicarious liability . . . is that it is based neither on any conduct by the defendant himself nor even on breach of his own duty". This makes it unrealistic in this context to calibrate liability on the degree of fault of the tortfeasor.

Second, to the extent that the concern about fault is linked to deterrence, the deterrent effect of tort law is already present owing to the tort action of the property owner. In my view, cases like the present do not fall to be decided on the grounds of personal fault. Rather they concern the effort to

quer, elle exprime un résultat plutôt qu'un principe.

L'argument tiré de la moralité

Dans l'opinion qu'il exprime à la p. 255 de l'arrêt *Caltex*, le juge Stephen rejette la règle d'exclusion, car elle possède la [TRADUCTION] «qualité peu attrayante d'être tout à fait indifférente à l'énormité du manque de diligence de l'auteur du méfait, dans son exclusion de la perte économique non indirecte». Dans la même veine, le juge McLachlin, aux pp. 1159 et 1160, critique l'argument fondé sur la répartition contractuelle du risque pour le motif qu'il «ne tient pas compte du rôle historique central que joue la faute personnelle dans notre notion de négligence ou de «délict», et de l'effet que cela peut avoir dans la répression de la conduite négligente et ainsi dans la limitation du préjudice causé à des parties innocentes qui ne sont pas toutes de grandes entreprises capables de tirer le maximum de leur situation financière». En toute déférence, la responsabilité dans ce domaine particulier ne devrait pas s'établir en fonction de la perception qu'a le tribunal de l'étendue de la faute morale du défendeur.

La responsabilité résulte très souvent du fait d'autrui dans des cas comme la présente affaire. La responsabilité du fait d'autrui n'est pas fondée sur le manquement à une obligation personnelle de l'employeur, mais sur le délit de son employé qui lui est imputé: voir Fleming, *op. cit.* à la p. 341. Comme Fleming le fait remarquer, [TRADUCTION] «[l]a responsabilité du fait d'autrui [. . .] est caractérisée par le fait qu'elle ne se fonde ni sur la conduite du défendeur lui-même ni même sur le manquement par celui-ci à sa propre obligation». Il devient donc irréaliste dans ce contexte de mesurer la responsabilité d'après le degré de faute de l'auteur du délit.

Deuxièmement, dans la mesure où cette préoccupation de la faute est liée à la dissuasion, l'effet dissuasif du droit de la responsabilité délictuelle se fait déjà sentir en raison de l'action délictuelle intentée par le propriétaire du bien. À mon avis, les affaires telles que l'espèce ne doivent pas être tran-

deter accidents and to allocate losses in a reasonable and efficient manner.

CN's Argument

CN, of course, concedes that a line must be drawn and that not all losses can be compensated. It suggests, however, that the line be situated somewhere on the other side of its recovery. It suggests that although its own and at least some other contractually based claims should be allowed, the Court should re-erect a bright line barrier excluding all plaintiffs who are not contractually linked with the property owner victim. In particular, co-contractors of CN, whatever the circumstances with respect to foreseeability and other traditional tort doctrines, "clearly cannot recover" owing to the lack of a direct contractual relationship with PWC. It is unclear to me why drawing a new bright line around potential claimants in this manner is a significantly better solution.

Part IV: A Refined Proximity Analysis in Contractual Relational Economic Loss Cases

The crucial problem with the various formulations of the proximity test examined so far is that they look at the problem strictly from the perspective of the defendant. The defendant's negligence places it in a position of liability vis-à-vis the entire world. However, if it can show that its liability would be indeterminate, it can be excused. In my opinion, given the eminently pragmatic and policy basis of decisions about liability in this area, the situation of both the defendant and the plaintiff needs to be examined in cases of this kind. In particular, the plaintiff's ability to foresee and provide for the particular damage in question is a key factor in the proximity analysis.

chées en fonction de la faute personnelle. Elles concernent plutôt l'effort en vue de prévenir les accidents et de répartir les pertes d'une manière raisonnable et efficace.

L'argument du CN

Naturellement, le CN reconnaît qu'il faut tracer une ligne de démarcation et qu'il ne peut y avoir indemnisation de toutes les pertes. Cependant, il suggère que la ligne de démarcation se situe quelque part de l'autre côté de son indemnisation. Il propose que, même si sa propre réclamation fondée sur un contrat devait être accueillie à l'instar d'autres réclamations du même genre, la Cour devrait tracer de nouveau une ligne de démarcation très nette excluant tous les demandeurs qui n'ont pas de lien contractuel avec la victime propriétaire du bien. En particulier, quelles que soient les circonstances relatives à la prévisibilité et les autres théories traditionnelles en matière de responsabilité délictuelle, les cocontractants du CN [TRADUCTION] «ne peuvent sûrement pas se faire indemniser» en raison de l'absence d'un lien contractuel direct avec TPC. Je ne vois pas très bien pourquoi le fait de tracer ainsi une nouvelle ligne de démarcation très nette autour des réclamants potentiels constitue une bien meilleure solution.

Partie IV: Analyse approfondie du lien étroit dans les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat

Le problème crucial que posent les diverses formulations du critère du lien étroit examinées jusqu'ici réside dans le fait qu'elles abordent la question strictement du point de vue du défendeur. La négligence du défendeur le place en situation de responsabilité envers le monde entier. Toutefois, s'il peut prouver que sa responsabilité serait indéterminée, il peut-être excusé. À mon avis, compte tenu du fondement éminemment pragmatique des décisions sur la responsabilité dans ce domaine, il faut examiner la situation et du défendeur et du demandeur dans ce genre de cas. En particulier, la capacité du demandeur de prévoir le dommage particulier et d'y parer est un facteur clé dans l'analyse du lien étroit.

The Legitimacy of this Type of Consideration

In my view, it is legitimate to consider which party is the better loss bearer in this type of case. This term requires definition. Determining which party is best able to bear the loss essentially involves asking which party is in a better position to predict the frequency and severity of CN's economic loss when bridges are damaged, and to plan accordingly. Analysis of loss bearing ability emphasizes how the parties deal with accidents that tort law has not succeeded in preventing, rather than with preventing accidents.

The question of which party is best able to bear the loss should be distinguished from the question of which party is best able to avoid the accident's occurring. Analysis of the issues pertaining to deterrence, or accident avoidance, involves the question of the relative ability of parties to act in a way that will reduce the risk of occurrence of the type of accident in question and is widely recognized as relevant in tort law. In my view, analysis of loss bearing ability is particularly relevant in determining whether proximity exists in the context of contractual relational economic loss cases.

Tort law has not generally given much consideration to analysis of loss bearing ability. This type of approach is obviously ill-suited to personal injury cases. In property damage cases involving the primary liability of the tortfeasor, the courts have often rightly been more concerned to ensure deterrence by placing liability on the party best able to avoid the accident's occurring. Under modern conditions, deterrence may, of course, be difficult to effect through tort law; nonetheless, placing liability on the injurer serves to internalize the costs of accidents legitimately to the accident-causing activity. In many cases, loss shifting to the better loss bearer runs squarely into the powerful objection that it is not also the better risk avoider. When the case involves the question whether that

La légitimité de ce genre d'examen

D'après moi, il est légitime de se demander quelle partie est la mieux en mesure d'assumer la perte dans ce genre d'affaire. Ce mot doit être défini. Pour déterminer quelle partie est la mieux en mesure d'assumer la perte, il faut essentiellement se demander laquelle est la mieux en mesure de prévoir la fréquence et la gravité de la perte économique du CN en cas de dommages causés à des ponts, et de planifier en conséquence. L'analyse de la capacité d'assumer la perte est axée sur la façon dont les parties traitent les accidents que le droit de la responsabilité délictuelle n'a pas réussi à empêcher, plutôt que sur la façon dont elles préviennent les accidents.

Il y a lieu d'établir une distinction entre la question de savoir quelle partie est la mieux en mesure d'assumer la perte et celle de savoir quelle partie est la mieux en mesure d'éviter que l'accident ne se produise. L'analyse des questions se rapportant à la dissuasion ou à l'évitement de tout accident soulève la question de la capacité relative des parties d'agir d'une façon qui réduira le risque que le genre d'accident en question se produise, et elle est généralement reconnue comme pertinente dans le droit de la responsabilité délictuelle. À mon avis, l'analyse de la capacité d'assumer la perte est particulièrement utile pour déterminer s'il y a un lien étroit dans le contexte des affaires de perte économique relationnelle découlant d'un contrat.

Le droit de la responsabilité délictuelle n'a pas accordé, en général, beaucoup d'importance à l'analyse de la capacité d'assumer la perte. Ce genre de méthode ne convient évidemment pas aux cas de lésions corporelles. Dans les affaires relatives à des dommages matériels mettant en jeu la responsabilité primaire de l'auteur du délit, les tribunaux se sont souvent davantage préoccupés à juste titre de garantir la dissuasion en imputant la responsabilité à la partie qui était la mieux en mesure d'éviter que l'accident ne se produise. De nos jours, la dissuasion peut être difficile à réaliser au moyen du droit de la responsabilité délictuelle; néanmoins, imputer la responsabilité à l'auteur du préjudice permet de rattacher légitimement le coût des accidents aux activités qui les provoquent.

party will be held liable at all, the concern for deterrence overrides the concern about loss-bearing ability. Thus, in cases involving primary liability for accidents, tort law has given priority to preventing accidents by requiring those who cause accidents to pay for their damage or more likely to pay for insurance.

Consideration of loss bearing ability is by no means entirely absent from the cases, however, and it has been increasingly recognized in recent cases. In *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, *supra*, at p. 819, Lord Brandon relied on the fact that the plaintiff had open to it an adequate avenue of protection in contract in refusing liability. A recent article by Stapleton, *supra*, at pp. 270-71, has suggested a formulation that seems to me to encapsulate this aspect of that case and may well be of more general application, as the author suggests, in cases of economic loss. She writes:

The power of this neglected argument [that the plaintiff had available to it an adequate avenue of protection] is that it does not depend on a circular proposition about where "principle" or precedent has in the past drawn the tort boundary. It is an argument explaining where that boundary should, on clear and stated principle, be placed. In our agenda of considerations, then, about where a tort duty in respect of economic loss should be recognised, we could place alongside the necessary (but not sufficient) condition of the absence or controllability of floodgates problems, a second requirement: the necessary but not sufficient condition that the plaintiff did not have, nor could reasonably be expected to have acquired, protection against the risk of economic loss.

Dans bien des cas, le transfert de la perte à la personne qui est la mieux en mesure de l'assumer se heurte de plein fouet à la puissante objection selon laquelle elle n'est pas en même temps la mieux en mesure d'éviter le risque de perte. Lorsque l'affaire porte sur la question de savoir si cette partie sera tenue responsable ou non, la préoccupation de dissuader l'emporte sur celle de la capacité d'assumer la perte. Ainsi, dans les affaires portant sur la responsabilité primaire des accidents, le droit de la responsabilité délictuelle a donné la priorité à la prévention des accidents en exigeant de ceux qui causent des accidents qu'ils paient pour les dommages qu'ils causent ou, plus vraisemblablement, qu'ils s'assurent contre l'éventualité de tels dommages.

Cependant, l'examen de la capacité d'assumer la perte n'est pas tout à fait absent de la jurisprudence et il a été de plus en plus admis dans la jurisprudence récente. Dans l'arrêt *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, précité, à la p. 819, lord Brandon s'est fondé sur le fait que le demandeur disposait d'un moyen adéquat de protection dans le contrat en refusant toute responsabilité. Dans un article récent, *loc. cit.*, aux pp. 270 et 271, Stapleton a proposé une formulation qui me semble résumer cet aspect de cette affaire et qui peut bien s'appliquer de manière plus générale, comme le laisse entendre l'auteur, dans les cas de perte économique. Elle écrit:

[TRADUCTION] La force de cet argument négligé [selon lequel le demandeur disposait d'un moyen adéquat de protection] réside dans le fait qu'il ne dépend pas d'une proposition sophistiquée au sujet de l'endroit où le «principe» ou le précédent a, dans le passé, tracé la limite de la responsabilité délictuelle. C'est un argument qui explique où, selon un principe clair et explicite, cette limite devrait être tracée. Alors, dans notre examen des cas où il y a lieu de reconnaître une obligation en matière délictuelle en ce qui a trait à la perte économique, nous pourrions placer à côté de la condition nécessaire (mais non suffisante) de l'absence de problèmes d'avalanche de poursuites ou de la possibilité de les contrôler, une deuxième condition nécessaire mais non suffisante: savoir que le demandeur ne s'était pas protégé contre le risque de perte économique et qu'on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'il le fasse.

In *Smith v. Bush*, [1990] 1 A.C. 831 (H.L.), the House of Lords, in allowing recovery in a case where a purchaser acquired defective property in reliance on the competence of a professional adviser, considered whether the plaintiff could have protected herself by contract. Prompted by the *Unfair Contract Terms Act 1977*, 1977 (U.K.), c. 50, the House expressly acknowledged the difficulty purchasers of small houses have in affording a second survey. The issue of indeterminacy became by the same token of lesser concern, since the ambit of liability was confined to a relevant vulnerable sub-set of property acquirers—those buying modest dwellings: see Stapleton, *supra*, at pp. 278-79. Moreover, as I noted in reference to comparative law, in those systems that in theory allow recovery for relational economic loss, recovery has apparently been denied in some cases where the plaintiff had adequate means of protecting itself.

Increasingly, our courts have openly addressed the issue of insurance as one of these policy concerns. In *Lamb v. Camden London Borough Council*, [1981] Q.B. 625 (C.A.), at pp. 637-38, Lord Denning M.R. wrote as follows:

On broader grounds of policy, I would add this: the criminal acts here—malicious damage and theft—are usually covered by insurance. By this means the risk of loss is spread throughout the community. It does not fall too heavily on one pair of shoulders alone. The insurers take the premium to cover just this sort of risk and should not be allowed, by subrogation, to pass it on to others It is commonplace nowadays for the courts, when considering policy, to take insurance into account. It played a prominent part in *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.* [1980] A.C. 827. The House of Lords clearly thought that the risk of fire should be borne by the fire insurers who had received the full premium for fire risk—and not by Securicor's insurers,

Dans l'arrêt *Smith c. Bush*, [1990] 1 A.C. 831 (H.L.), la Chambre des lords, en permettant l'indemnisation dans une affaire où une personne avait acheté un bien défectueux en se fiant à la compétence d'un conseiller professionnel, s'est demandé si la demanderesse aurait pu se protéger au moyen d'un contrat. Incitée par l'*Unfair Contract Terms Act 1977*, 1977 (R.-U.), ch. 50, la Chambre a reconnu expressément la difficulté que les acheteurs de petites maisons ont à se payer une deuxième visite d'expert. La question de l'indétermination est devenue par le fait même moins préoccupante, vu que l'étendue de la responsabilité a été limitée à un sous-ensemble vulnérable et pertinent d'acquéreurs de propriétés—ceux qui achètent des habitations modestes; voir Stapleton, *loc. cit.*, aux pp. 278 et 279. En outre, comme je l'ai mentionné en ce qui concerne le droit comparé, dans les systèmes qui, en théorie, permettent l'indemnisation de la perte économique relationnelle, l'indemnisation a apparemment été refusée dans certains cas où le demandeur avait des moyens suffisants de se protéger.

Nos tribunaux ont de plus en plus abordé ouvertement le problème de l'assurance comme l'une de ces questions de principe. Dans l'arrêt *Lamb c. Camden London Borough Council*, [1981] Q.B. 625 (C.A.), aux pp. 637 et 638, le maître des rôles Denning écrit ceci:

[TRADUCTION] Pour des raisons de principe plus générales, j'ajouterais ceci: les actes criminels en l'espèce—vol et dommages causés dans l'intention de nuire—sont habituellement couverts par l'assurance. Par ce moyen, le risque de perte est réparti dans toute la société. Il ne repose pas trop lourdement sur les épaules d'une seule personne. Les assureurs perçoivent la prime afin de couvrir justement ce genre de risque et ne devraient pas pouvoir, par subrogation, le transmettre à d'autres. [. . .] Il est courant, de nos jours, que les tribunaux, lorsqu'ils examinent une question de principe, tiennent compte de l'assurance. Elle a joué un rôle prépondérant dans *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.* [1980] A.C. 827. La Chambre des lords a cru manifestement que le risque d'incendie devrait être assumé par les assureurs contre les incendies qui ont reçu la pleine prime pour le risque d'incendie—et non par les assureurs de Securicor qui avaient reçu seulement une

who had only received a tiny premium. That, too, was a policy decision. . . .

So here, it seems to me that if Mrs. Lamb was insured against damage to the house and theft, the insurers should pay the loss. If she was not insured, that is her misfortune.

See also Fleming, *supra*, at p. 202 and p. 224.

The judges in *Caltex* implicitly or explicitly deny the importance of insurance considerations in resolving the pragmatic question of where to draw the line in this type of case. Four of the five judgments did not consider insurance issues at all. Stephen J. explicitly denies the court any role in this regard. In his view, the task of the courts remains that of fixing loss rather than spreading loss, and if this is to be altered it is a matter for direct legislative action rather than for the courts (at p. 265).

With respect, I do not agree with Stephen J. that the consideration of insurance changes the task of the courts from loss fixing to loss spreading. Insurance considerations are merely one element in an analysis of where it is appropriate to fix the loss, in a case where a solution is necessarily pragmatic. Many of the extensions of tort liability that have occurred over the last 50 years would have been inconceivable in the absence of insurance. Many cases have referred to insurance considerations to justify extending liability: see, for example, Laskin J. in *Rivtow*, *supra*, at p. 1221. To reject, as does Stephen J., the open consideration of insurance as "covert judicial action" is paradoxical, since what is proposed is to bring insurance considerations into the open rather than merely expressing conclusions in terms of proximity. Fleming notes that Stephen J.'s concern that the new policy dimension may appear more germane to the legislative than to the judicial function, but responds, in my view accurately, that "the change in perspective is dictated by inescapable external developments, to ignore which would be deliberately short-sighted and self-defeating": see Fleming, *supra*, at p. 11. I agree with my colleagues McLachlin J. and

prime minime. Cela, également, était une décision de principe . . .

Ainsi en l'espèce, il me semble que, si Mme Lamb était assurée contre les dommages à sa maison et contre le vol, les assureurs devraient rembourser la perte. Si elle n'était pas assurée, tant pis pour elle.

Voir également Fleming, *op. cit.*, aux pp. 202 et 224.

Dans l'arrêt *Caltex*, les juges ont nié implicitement ou explicitement l'importance des considérations en matière d'assurance pour résoudre la question pragmatique de savoir où tracer la ligne de démarcation dans ce genre d'affaire. Quatre des cinq juges n'ont absolument pas tenu compte des questions d'assurance. Le juge Stephen refuse expressément de reconnaître à la cour tout rôle à cet égard. Selon lui, la tâche des tribunaux consiste toujours à déterminer qui doit essuyer la perte et non pas à répartir la perte; si cela doit changer, selon lui, c'est au législateur qu'il incombe d'agir directement et non pas aux tribunaux (à la p. 265).

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec le juge Stephen pour dire que la prise en considération de l'assurance fait passer la tâche des tribunaux de l'attribution de la perte à sa répartition. Les considérations en matière d'assurance ne représentent que l'un des éléments d'une analyse de la question de savoir à qui il convient d'attribuer la perte, dans une affaire où toute solution est nécessairement pragmatique. Bon nombre des extensions de la responsabilité délictuelle qui sont survenues au cours des 50 dernières années auraient été inconcevables en l'absence de l'assurance. Dans un grand nombre d'affaires, on s'est reporté à des considérations en matière d'assurance pour justifier l'extension de la responsabilité: voir, par exemple, le juge Laskin dans l'arrêt *Rivtow*, précité, à la p. 1221. Refuser, comme le fait le juge Stephen, que l'assurance soit ouvertement prise en considération parce que ce serait une «action judiciaire voilée» est paradoxal, puisque ce qu'on propose, c'est de rendre publiques les considérations en matière d'assurance plutôt que de simplement formuler des conclusions fondées sur le lien étroit. Fleming constate l'inquiétude du juge Stephen que la nouvelle dimension de principe puisse sembler

Stevenson J. that insurance deserves to be considered in cases of this kind; however, I disagree with them as to its relevance.

In the context of contractual relational economic loss, policy concerns with respect to which party can best bear the loss are particularly important for three reasons. First, policy concerns with respect to deterrence and cost internalisation are generally at least substantially met by the tortfeasor's primary liability to the property owner. In cases where the property damage is inconsequential, it might make sense to impose additional liability on deterrence grounds; that is not the case here, however, and I expressly reserve that question.

Second, they can be raised since current law denies recovery; rather than pose the risk of a revolutionary result, the approach merely articulates another policy lying behind a well-established rule. In some areas of the law, an examination of relative loss bearing ability might lead to arguments for fundamental changes in the law, changes best left to Parliament. Here, however, such considerations simply serve to establish a new rationale, or perhaps more accurately, to articulate explicitly an underlying rationale for a long-standing rule in an area of the law where the importance of policy considerations is now clearly recognized. As the law of torts has evolved, the courts have not been averse to modifying their mode of analysis of cases and have not waited for the legislature to do so. One imagines with difficulty a statute henceforth

se rapporter davantage au pouvoir législatif qu'au pouvoir judiciaire, mais il répond, correctement à mon avis, que [TRADUCTION] «le changement de perspective est dicté par des changements externes inévitables, et les ignorer reviendrait à manquer délibérément de clairvoyance et à aller à l'encontre du but recherché»: voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 11. Je conviens avec mes collègues les juges McLachlin et Stevenson que la question de l'assurance mérite d'être considérée en pareils cas; cependant, je ne suis pas d'accord avec eux quant à sa pertinence.

Dans le contexte de la perte économique relationnelle découlant d'un contrat, les préoccupations de principe quant à la partie qui est la mieux en mesure d'assumer la perte revêtent une importance particulière pour trois raisons. Premièrement, les préoccupations de principe relatives à la dissuasion et au désir de faire supporter le coût des accidents par ceux qui profitent des activités qui les provoquent sont généralement tout au moins dissipées en grande partie par la responsabilité primaire de l'auteur du délit envers le propriétaire du bien. Dans les affaires où le dommage matériel est minime, il pourrait être logique d'imposer une responsabilité supplémentaire pour des motifs de dissuasion; toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce et je mets expressément cette question de côté.

Deuxièmement, ces considérations peuvent être évoquées vu que le droit, dans son état actuel, refuse l'indemnisation; plutôt que risquer d'entraîner un résultat révolutionnaire, cette méthode ne fait qu'énoncer un autre principe qui sous-tend une règle bien établie. Dans certains domaines du droit, un examen de la capacité relative d'assumer la perte pourrait conduire à des arguments en faveur de modifications fondamentales du droit, qu'il incombe davantage au législateur d'apporter. En l'espèce, cependant, de telles considérations servent seulement à établir une nouvelle justification, ou peut-être plus exactement, à exprimer expressément un principe sous-jacent d'une règle qui existe depuis longtemps dans un domaine du droit où l'importance des questions de principe est maintenant clairement reconnue. Dans l'évolution du

requiring the courts to take such considerations into account.

Finally, in this field the crucial problem remains that of limiting liability. All recognize that recovery of this type of claim must remain exceptional, if only because the potential number of claims of this type is practically unlimited. In these circumstances, a significantly higher threshold for recovery is, in my view, entirely justified. In other areas of tort law, where the trend has been towards extending liability, placing an onus on the plaintiff is inconceivable. In this area, however, there is an overriding need for strict controls on potential liability.

In my view, it is legitimate for these reasons to consider explicitly the ability of the plaintiff to bear the risk of loss in this type of case.

Turning then to an application of these criteria to this case, a determination of which party is the better loss bearer is relatively straightforward. CN is undoubtedly in a better position to bear the loss than Norsk. First, in light of the significant information available regarding bridge failure and CN's long use of the bridge, CN was probably at least equally competent in terms of estimating the potential risks of bridge failure. This aspect seems to me to be clear in light of the facts.

Second, CN would clearly be in a better position than PWC to estimate the potential costs of bridge failure to CN's operations. CN knows exactly how much use it gets out of the various bridges crossed by its trains. It also knows what the alternatives are in cases of bridge failure. Norsk, of course, is very poorly placed to estimate the value of the use that various people and companies get out of the bridges that cross the rivers its tugs sail on. It is

droit de la responsabilité délictuelle, les tribunaux n'ont pas répugné à modifier leur façon d'analyser les cas et n'ont pas attendu que la législature les invite à le faire. Il est difficile d'imaginer une loi qui exigerait désormais que les tribunaux tiennent compte de telles questions.

Enfin, dans ce domaine, le problème crucial demeure la limitation de la responsabilité. Tous reconnaissent que l'indemnisation en pareils cas doit rester exceptionnelle, ne serait-ce que du fait que le nombre potentiel de réclamations de ce genre est quasi illimité. Dans ces circonstances, un seuil d'indemnisation beaucoup plus élevé est, à mon avis, entièrement justifié. Dans d'autres domaines du droit de la responsabilité délictuelle, où on a eu tendance à étendre la responsabilité, il est inconcevable d'imposer une obligation au demandeur. Dans ce domaine, cependant, il y a un besoin primordial de contrôle strict de la responsabilité potentielle.

J'estime que, pour ces raisons, il est légitime d'examiner expressément la capacité du demandeur d'assumer le risque de perte dans ce genre d'affaire.

Si on passe alors à l'application de ces critères à la présente affaire, il est relativement simple de déterminer quelle partie est mieux en mesure d'assumer la perte. Il n'y a pas de doute que le CN est mieux en mesure que Norsk d'assumer la perte. Premièrement, compte tenu de l'abondance des renseignements disponibles quant au risque d'interruption de la circulation sur le pont et de la longue utilisation du pont par le CN, ce dernier était probablement au moins aussi qualifié pour évaluer ce risque. Cet aspect me semble clair compte tenu des faits.

Deuxièmement, le CN serait manifestement mieux en mesure que TPC d'évaluer les coûts éventuels, sur le plan de ses propres opérations, de l'impossibilité d'utiliser le pont. Le CN sait exactement quelle utilisation il fait des différents ponts qu'empruntent ses trains. Il sait également quelles sont les solutions de rechange en cas d'impossibilité d'utiliser un pont. Norsk est, naturellement, très mal placée pour évaluer l'utilisation que diver-

also poorly placed to estimate the potential costs to those users of an interruption in bridge service. Unlike the first factor, which depends to a large degree on the facts of each case, this factor tends to weigh heavily in favour of the defendant in almost every case of this type.

Third, CN was better placed to protect itself from the consequences of those losses. This point requires further discussion. It is hard to imagine a more sophisticated group of plaintiffs than the users of railway bridges. These parties have access to the full range of protective options: first party commercial insurance or self-insurance, contracts both with the bridge owner and with the railway's customers.

Insurance

My colleague McLachlin J. rejects the idea that insurance considerations justify a denial of liability and relies on an article by Bishop: see Bishop, "Economic Loss in Tort" (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1. Bishop argues that the insurance argument must overcome two difficulties in the context of economic loss. First, he states that to eliminate recovery for economic loss would reduce the incentive to take care. With respect, I do not find this argument persuasive in the context of relational economic loss cases, since the primary liability of the tortfeasor to the owner of the bridge is largely sufficient to create incentives to take care. This, as I noted earlier, is one of the key distinguishing features that justifies separate treatment of relational economic loss cases.

Bishop's second argument is that insurance is unavailable at reasonable cost. He argues in particular that insurance for loss of profits is not available. Insurance companies understandably refuse to insure profitability. However, that is not the issue

ses personnes et compagnies font des ponts qui enjambent les cours d'eau sur lesquels naviguent ses remorqueurs. Elle est également mal placée pour évaluer les frais possibles que l'interruption de la circulation sur le pont entraînera pour ces usagers. Contrairement au premier facteur qui dépend en grande partie des faits de chaque affaire, ce facteur tend à favoriser énormément le défendeur dans presque tous les cas de ce genre.

Troisièmement, le CN était mieux en mesure de se prémunir contre les conséquences de ces pertes. Cet aspect mérite une analyse plus approfondie. Il est difficile d'imaginer un groupe de demandeurs plus avisés que les usagers de ponts ferroviaires. Ces parties ont accès à toute la gamme des protections possibles: l'assurance commerciale de première partie ou l'autoassurance, les contrats conclus avec le propriétaire du pont et les clients de la compagnie ferroviaire.

Assurance

Ma collègue le juge McLachlin rejette l'idée que les considérations en matière d'assurance justifient une dénégation de responsabilité et elle s'appuie sur un article de Bishop: voir Bishop, «Economic Loss in Tort» (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1. Bishop soutient que l'argument de l'assurance doit surmonter deux difficultés dans le contexte de la perte économique. Premièrement, il déclare que l'élimination de l'indemnisation de la perte économique contribuerait à réduire l'incitation à faire preuve de diligence. En toute déférence, je ne trouve pas cet argument convaincant dans le contexte des affaires de perte économique relationnelle, puisque la responsabilité primaire de l'auteur du délit envers le propriétaire du pont est amplement suffisante pour inciter à faire preuve de diligence. Il s'agit, comme je l'ai mentionné précédemment, de l'une des caractéristiques clés qui justifie que l'on traite séparément les affaires de perte économique relationnelle.

Selon le deuxième argument de Bishop, l'assurance n'est pas disponible à un coût raisonnable. Il fait valoir notamment qu'il n'existe pas d'assurance contre la perte de profits. Les compagnies d'assurances refusent, comme on peut facilement

here. CN is not claiming for loss of profit, but rather for the costs occasioned by the interruption of its access to the bridge. That risk is analogous to a business interruption. Many businesses have interruption insurance covering interruption caused by factors others than breach of contract: see Waddams, *The Law of Damages* (2nd ed. 1991), at § 14.330. Even if insurance is not available in the commercial market, CN is ideally situated to self-insure.

Undoubtedly in certain cases, an affected business will not have purchased insurance. However, as James has noted, if the business community accepts a rule of non-liability for indirect economic losses without securing insurance protection against them by a relatively inexpensive method, then this fact at least suggests that these losses do not present a social problem serious enough to justify the cost to society in providing for their compensation by the most expensive method in its arsenal—liability based on fault: see James, *supra*, at p. 114. In other words, if the business community is insured, then there is no point in shifting the loss from one insurance company to another at high cost. If the business community is not insured, then that reveals that other ways of defraying such losses are perceived as superior to insurance and the problem is not that serious.

Conclusions about the insurance market are of course somewhat tentative and it would behoove lawyers, as Atiyah notes, to inform themselves about fundamental matters of insurability in new tort cases and to see to it that courts are also informed: see Atiyah, "Note: Economic Loss in the United States" (1985), 5 *Oxf. J. Legal Studies* 485. However, the weight of opinion is certainly to the effect that first-party insurance is a cheaper and more effective method of protecting against loss than liability insurance, particularly where the liability is of uncertain amount; see *Photo Production*

le comprendre, d'assurer la rentabilité. Toutefois, telle n'est pas la question en l'espèce. L'action du CN n'est pas en indemnisation de la perte de profits, mais plutôt en indemnisation des coûts occasionnés par l'impossibilité dans laquelle il se trouvait d'utiliser le pont. Ce risque est analogue à une interruption des affaires. Beaucoup d'entreprises possèdent une assurance contre les interruptions causées par des facteurs autres qu'une rupture de contrat: voir Waddams, *The Law of Damages* (2^e éd. 1991), au § 14.330. Même si l'assurance n'est pas disponible sur le marché, le CN est très bien placé pour s'assurer lui-même.

Il n'y a pas de doute que, dans certains cas, une entreprise touchée n'aura pas souscrit d'assurance. Cependant, comme James l'a fait remarquer, si le milieu des affaires admet une règle de non-responsabilité pour les pertes économiques indirectes sans l'obtention d'une couverture d'assurance contre elles par une méthode relativement peu onéreuse, ce fait semble au moins indiquer que ces pertes ne présentent pas un problème social suffisamment grave pour justifier le coût qu'entraînerait pour la société leur indemnisation au moyen de la méthode la plus onéreuse de son arsenal—la responsabilité fondée sur la faute: voir James, *op. cit.*, à la p. 114. En d'autres termes, si le milieu des affaires est assuré, il n'y a alors aucune raison de transférer à prix élevé la perte d'une compagnie d'assurances à une autre. Si le milieu des affaires n'est pas assuré, cela indique que d'autres moyens de défrayer ces pertes sont considérés comme supérieurs à une assurance et que le problème n'est pas si grave.

Il va sans dire que les conclusions sur le marché des assurances sont quelque peu sujettes à révision, et, comme le souligne Atiyah, il conviendrait que les avocats s'informent des questions fondamentales d'assurabilité dans les nouvelles affaires de responsabilité délictuelle et veillent à ce que les tribunaux en soient également informés; voir Atiyah, «Note: Economic Loss in the United States» (1985), 5 *Oxf. J. Legal Studies* 485. Toutefois, l'opinion va certainement dans le sens que l'assurance de première partie est un moyen moins coûteux et plus efficace de se protéger contre les

Ltd. v. Securicor Transport Ltd., [1980] A.C. 827, at p. 851; Smillie, "Negligence and Economic Loss" (1982), 32 *U.T.L.J.* 231, at pp. 240-42; James, *supra*, at pp. 113-16. In my opinion, the burden of showing otherwise must rest on those who would have the court overturn a long-standing rule excluding recovery.

Contract

I agree with McLachlin J. that in many cases the contractual allocation of risk does not supply a rationale for refusing recovery. Inequality of bargaining power is in fact only one of a number of reasons why contract may not be a real alternative in a given case. In many cases, protecting oneself from economic losses through contract is not possible. In the cases involving interruptions in services provided by utilities, the service is often supplied by a monopoly supplier on standard form contracts. Any shifting of the risk from consumer to utility company may even be statutorily excluded. Such cases involve contracts in name only. Or again, the risk which materializes may be so unusual that the parties never contemplated it. Though there may be other reasons for denying liability, in all of these cases the argument from the contractual allocation of risk is not convincing.

In this case, however, it is. The facts in this case establish that all parties were well aware of the risk of bridge failure. CN knew what it was doing. The very bridge at issue here had been damaged on a number of previous occasions, and various studies of the problem had been carried out. CN participated actively in at least one of these studies. CN was even aware of the traditional legal rule; as I noted, it brought a very similar claim for bridge failure in similar circumstances in 1973 for which recovery was denied.

perles que l'assurance-responsabilité, particulièrement lorsque le montant de la responsabilité est incertain: voir *Photo Production Ltd. c. Securicor Transport Ltd.*, [1980] A.C. 827, à la p. 851; Smillie, «Negligence and Economic Loss» (1982), 32 *U.T.L.J.* 231, aux pp. 240 à 242; James, *op. cit.*, aux pp. 113 à 116. À mon avis, la charge de prouver le contraire doit incomber à ceux qui feraient renverser par les tribunaux une règle qui interdit depuis longtemps l'indemnisation.

Contrat

Je conviens avec le juge McLachlin que, dans bien des cas, la répartition contractuelle du risque ne justifie pas le refus d'accorder une indemnité. L'inégalité du pouvoir de négociation est, en fait, une seule parmi un certain nombre de raisons pour lesquelles le contrat ne peut pas constituer une véritable solution de rechange dans une affaire donnée. Dans bien des cas, il n'est pas possible de se protéger des pertes économiques au moyen d'un contrat. Dans les cas d'interruptions de services publics, ils sont alors souvent assurés par un fournisseur monopoliste selon des contrats d'adhésion. Tout transfert du risque du consommateur à la compagnie de services publics peut même être interdit par la loi. Les contrats en question dans ces affaires n'ont du contrat que le nom. Ou encore une fois, le risque qui se concrétise peut être si inhabituel que les parties ne l'ont jamais envisagé. Quoiqu'il puisse exister d'autres raisons de nier la responsabilité, dans tous ces cas l'argument tiré de la répartition contractuelle du risque n'est pas convaincant.

Dans la présente affaire, cependant, il l'est. Les faits en l'espèce établissent que toutes les parties étaient bien au courant du risque d'impossibilité d'utiliser le pont. Le CN savait ce qu'il faisait. Le pont en question avait été endommagé à un certain nombre de reprises auparavant et diverses études du problème avaient été effectuées. Le CN a participé activement à au moins une de ces études. Le CN était même au courant de la règle juridique traditionnelle; comme je l'ai mentionné, il a présenté une réclamation très similaire pour impossibilité d'utiliser le pont dans des circonstances analogues en 1973 et l'indemnisation a alors été refusée.

The risk of bridge failure could have been borne by PWC, which also has a right of action in tort. The economic losses of contractual users of the bridge would then likely have been made good under the contract. The property owner is able to collect these losses from the tortfeasor subject to the limiting principles of tort damages. If PWC contracted to provide bridge services and is unable to do so because of the negligence of the tug and has to pay damages as a result, it can collect for those damages from the tug owner: see Fleming, *supra*, at p. 226. Liability in the contractual relational economic loss case is channelled rather than denied.

In many cases, contracting parties are not willing to insure performance; the contractual allocation of risk in this case is probably typical in that risk is allocated to the potential victim of interrupted service, who benefits from a lower price and who is best placed to take other measures to deal with accidental interruption of contractual benefits. That such an arrangement is so frequent despite the fact that under current law it precludes recovery by the contracting party is significant. That such an arrangement existed in this case despite the fact that CN's identical claim had been refused in 1973 is doubly significant.

CN's ability to protect itself through contract is not limited to its contract with the property owner. CN can also protect itself to some degree through its contractual arrangements with its clients, suppliers and others. It can plan ahead for the case of unavailability of the property in question. Denying recovery will provide incentives to all parties to act in ways that will combine to minimize the impact of losses once they occur, while still providing the

Le risque d'impossibilité d'utiliser le pont aurait pu être assumé par TPC qui a également un droit d'action en matière délictuelle. Les pertes économiques des usagers du pont en vertu d'un contrat auraient alors vraisemblablement fait l'objet d'une indemnisation en vertu du contrat. Le propriétaire du bien peut se faire indemniser de ces pertes par l'auteur du délit sous réserve des principes limitatifs des dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle. Si TPC s'est engagé par contrat à fournir les services du pont et ne peut pas le faire à cause de la négligence du remorqueur et qu'il doit, en conséquence, verser des dommages-intérêts, il peut se faire rembourser ces dommages-intérêts par le propriétaire du remorqueur: voir Fleming, *op. cit.*, à la p. 226. La responsabilité, dans le cas d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat, est canalisée plutôt que niée.

Dans bien des cas, les parties contractantes ne veulent pas garantir l'exécution du contrat; la répartition contractuelle du risque en l'espèce est probablement typique en ce sens que le risque est attribué à la victime potentielle d'une interruption des services, qui bénéficie d'un prix moins élevé et qui est la mieux placée pour prendre d'autres mesures pour remédier à une interruption accidentelle des bénéfices contractuels. Il est révélateur qu'un tel arrangement soit si fréquent malgré le fait qu'en vertu du droit actuel il empêche l'indemnisation par la partie contractante. Il est doublement révélateur qu'un tel arrangement ait existé en l'espèce malgré le fait qu'une réclamation identique du CN ait été refusée en 1973.

La capacité du CN de se protéger par contrat ne se limite pas à son contrat avec le propriétaire du bien. Le CN peut également se protéger jusqu'à un certain point au moyen des arrangements contractuels qu'il prend avec ses clients, ses fournisseurs et d'autres parties. Il peut planifier d'avance ce qu'il fera en cas de non-disponibilité du bien en question. Refuser l'indemnisation incitera toutes les parties à agir de façons qui se conjugueront pour minimiser les répercussions des pertes lorsqu'elles se produiront, tout en continuant de fournir au remorqueur l'incitation nécessaire pour qu'il

critical incentive to the tug to avoid causing accidents in the first place.

In my view, a denial of recovery in this case is justified in light of CN's overwhelmingly superior risk bearing capacity on the facts of this case.

Before leaving the issue of CN's ability to protect itself, it should be noted that the rule proposed by my colleagues will still require parties such as CN to protect themselves since they will never know before the particular accident whether they will be part of the determinate class. It is to say the least difficult to predict whether a particular railway bridge will be knocked out by someone who knows you by name. Alternatively, it is difficult to know whether of the many possible bridges that will be damaged, the one that will be damaged is the one next to which you own property. As a result, the only solution for the prudent railway will be to purchase insurance. Presumably, the cost of this insurance will reflect the value the insurance company places on the possibility of its recovering from the tortfeasor.

The critical effect of allowing recovery is that it would also require defendants in Norsk's position to insure for potential contractual relational economic loss as well, since they will obviously never know beforehand whether the bridges damaged by its tugs will be used by plaintiffs whose name it knows or who have property nearby. The principal beneficiaries of the rule proposed by my colleagues would be insurance companies, who would benefit from the existence of a new and highly uncertain risk against which companies likely to inflict property damage would need to insure.

The rules suggested by my colleagues thus will require that both parties insure at considerable additional social cost. The only gain will be a slight reduction in the plaintiff's first party insurance costs to take into account the possibility that

prenne des mesures afin d'éviter de causer des accidents en premier lieu.

À mon avis, le refus d'accorder une indemnité en l'espèce est justifié compte tenu de la capacité nettement supérieure du CN d'assumer les risques selon les faits de la présente affaire.

Avant de laisser la question de la capacité du CN de se protéger, il faudrait noter que la règle proposée par mes collègues continuera d'exiger des parties telles que le CN qu'elles se protègent puisqu'elles ne sauront jamais avant l'accident donné si elles feront partie de la catégorie déterminée. Il est pour le moins difficile de prédire si un pont ferroviaire en particulier sera mis hors d'usage par quelqu'un qui connaît votre nom. Subsidiairement, il est difficile de savoir si, parmi les nombreux ponts susceptibles d'être endommagés, celui qui le sera est proche de votre propriété. Par conséquent, la compagnie ferroviaire prudente n'aura d'autre choix que de souscrire une assurance. Le coût de cette assurance reflétera probablement la valeur que la compagnie d'assurances accorde à la possibilité qu'elle a de se faire rembourser par l'auteur du délit.

Permettre l'indemnisation aurait également pour effet crucial d'obliger les défendeurs, dans la situation de Norsk, à s'assurer contre le risque de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, car il est évident qu'ils ne sauront jamais d'avance si les ponts endommagés par leurs remorqueurs seront utilisés par des demandeurs dont ils connaissent le nom ou qui possèdent des biens dans les environs. Les principaux bénéficiaires de la règle proposée par mes collègues seraient les compagnies d'assurances qui profiteraient de l'existence d'un risque nouveau et très incertain contre lequel les compagnies susceptibles de causer des dommages matériels devraient s'assurer.

Les règles proposées par mes collègues exigent donc que les deux parties s'assurent à un coût social supplémentaire élevé. Le seul gain en sera une légère diminution des frais d'assurance de première partie pour le demandeur de manière à tenir

the insurance company will recover from a tortfeasor under the new doctrine.

A further practical difficulty should be noted. In cases where the tortfeasor is either not insured or insufficiently insured with respect to the initial property damage or personal injury claim or the relational claim or both, serious problems will arise with respect to the primacy of one type of claim over another. For example, if the tortfeasor is liable for both a \$500,000 personal injury claim and \$500,000 in relational claims but his total assets and insurance only cover half of that amount, the actual compensation of the personal injury claim will presumably be halved in order to allow recovery for a relational claim which as noted will often involve recovery for a subrogated insurance company: see Feldthusen, *Economic Negligence, supra*, at p. 207.

Conclusion

It is unclear to me why the current state of the law on contractual relational economic loss, which channels claims to the property owner, is unsatisfactory at least in the commercial area involving sophisticated parties. It is also unclear whether significant amounts of court time should be expended in distinguishing between contractual relational economic loss sufferers those who are proximate to the tortfeasor and those who are not.

There is no question that the outcome of cases of this nature under the exclusionary rule depends upon the terms of the contract. This operates in two ways: the contract may create a possessory interest or a joint venture or it may provide for an indemnity from the property owner. The question to be resolved is whether allowing the contract to

compte de la possibilité que la compagnie d'assurances se fasse rembourser par l'auteur du délit en vertu de la nouvelle théorie.

Il faudrait noter une autre difficulté pratique. Dans les affaires où l'auteur du délit n'est pas assuré ou n'est pas suffisamment assuré en ce qui concerne la demande initiale d'indemnisation des dommages matériels ou des lésions corporelles ou la demande d'indemnisation de la perte relationnelle, ou les deux à la fois, il se posera de graves problèmes relativement à la primauté d'un type de demande sur l'autre. Par exemple, si l'auteur du délit est tenu de verser 500 000 \$ pour une réclamation pour lésions corporelles et 500 000 \$ relativement à des réclamations pour pertes relationnelles mais que la valeur totale de ses biens et de son assurance couvre seulement la moitié de ce montant, l'indemnité réelle pour les lésions corporelles sera probablement réduite de moitié afin de permettre l'indemnisation relativement à une réclamation pour perte relationnelle qui, comme il a déjà été indiqué, comportera souvent l'indemnisation d'une compagnie d'assurances par subrogation; voir Feldthusen, *Economic Negligence, op. cit.*, à la p. 207.

Conclusion

L'état actuel du droit concernant la perte économique relationnelle découlant d'un contrat, qui canalise les réclamations vers le propriétaire du bien, ne m'apparaît pas insatisfaisant au moins dans le domaine commercial mettant en jeu des parties avisées. Je ne sais pas très bien non plus si les tribunaux devraient consacrer beaucoup de temps à établir une distinction entre, d'une part, les victimes d'une perte économique relationnelle découlant d'un contrat qui ont un lien étroit avec l'auteur du délit et, d'autre part, celles qui n'en ont pas.

Il ne fait aucun doute que l'issue des affaires de ce genre, sous le régime de la règle d'exclusion, dépend des modalités du contrat. Cela fonctionne de deux façons: soit que le contrat crée un droit de possession ou une entreprise commune, soit qu'il prévoit le paiement d'une indemnité par le propriétaire du bien. La question à résoudre est la sui-

determine whether the plaintiff has the requisite interest and where the loss falls is more arbitrary, unfair or unworkable than the various tests referred to above.

The arguments against recovery in this case can be summed up as follows. First, the arguments for recovery are weak. It is not necessary to impose liability to ensure that tortfeasors like Norsk are dissuaded from damaging bridges. The increase in deterrence that would result from imposing the additional liability called for in this case would not likely have much impact on the behaviour of potential tortfeasors. The only purpose served by recovery in this case to which the judgment of McLachlin J. refers, at pp. 1162-63, is "the purpose of permitting a plaintiff whose position for practical purposes, vis-à-vis the tortfeasor, is indistinguishable from that of the owner of the damaged property, to recover what the actual owner could have recovered". In my view, the argument that CN is indistinguishable from the owner founders on the fact that CN does not qualify under the well-established cases in which the law provides for recovery by the contracting party where it in fact has a proprietary or possessory interest. CN's interest is merely contractual.

CN argues that restricting recovery to the owner or person in possession is based on pragmatism not logic, and therefore to require logical support for an exception to a pragmatic rule which in a particular case results in an injustice, is in itself illogical. In my view, cases such as *Rivtow* and *Kamloops* which have allowed recovery for pure economic loss have established criteria that do provide logical support for an exception to a pragmatic rule.

The argument that Norsk was at fault and CN was innocent and that fault should justify recovery is also unconvincing here. Fault alone cannot jus-

vante: est-il plus arbitraire, injuste ou irréaliste de permettre au contrat de déterminer si le demandeur a l'intérêt requis et, en conséquence, qui subira la perte, plutôt que d'employer un des différents critères susmentionnés?

Les arguments à l'encontre de l'indemnisation en l'espèce peuvent se résumer ainsi. Premièrement, les arguments en faveur de l'indemnisation sont faibles. Il n'est pas nécessaire d'imposer une responsabilité pour garantir que les auteurs de délits comme Norsk soient dissuadés d'endommager des ponts. La dissuasion accrue qui découlerait de l'imposition de la responsabilité supplémentaire demandée en l'espèce n'aurait probablement pas beaucoup d'effet sur le comportement des auteurs de délits éventuels. La seule fin à laquelle l'indemnisation peut servir en l'espèce et dont parle le juge McLachlin, aux pp. 1162 et 1163, est de «permettre au demandeur dont la position, à toutes fins pratiques, vis-à-vis de l'auteur du délit, ne saurait être distinguée de celle du propriétaire des biens endommagés, de recouvrer ce que le véritable propriétaire aurait pu recouvrer». À mon avis, l'argument selon lequel on ne peut pas établir de distinction entre le CN et le propriétaire ne peut pas surmonter le fait que le CN ne remplit pas les conditions requises en vertu de la jurisprudence bien établie qui prévoit l'indemnisation de la partie contractante lorsqu'elle possède, en fait, un droit de propriété ou de possession. Le droit que possède le CN découle simplement d'un contrat.

Le CN soutient que la limitation de l'indemnisation au propriétaire ou à la personne en possession du bien a un fondement pragmatique et non logique, et par conséquent il est illogique en soi d'exiger une justification logique pour une exception à une règle pragmatique qui, dans un cas particulier, entraîne une injustice. À mon avis, les arrêts tels que *Rivtow* et *Kamloops* qui ont permis l'indemnisation d'une perte purement économique ont établi des critères qui fournissent effectivement des justifications logiques des exceptions qu'ils établissent à une règle pragmatique.

L'argument selon lequel Norsk était fautif et le CN innocent et selon lequel la faute devrait justifier l'indemnisation n'est pas non plus convaincant

tify recovery in this area since some admittedly injured claimants will have their claims denied. Since the whole exercise in this kind of situation involves drawing a line amongst those who are undeniably injured by the tortfeasor who was undeniably at fault, appeals to fault beg the question. The defendants were equally at fault with respect to other claims that will be denied. CN is unable to show any special damage different in kind from that suffered by the other potential contractual claimants. None of the factual distinctions the company puts forward has any relevance with respect to the defendants' fault.

The second group of reasons focus on the weaknesses of the proposed rules that would allow recovery. The tests that would allow recovery do not meet the criteria that a rule should have in this area. The concept of a "special relationship" is not applicable to cases involving accidents. None of the facts put forward by CN as indicative of its special relationship has any other policy significance than to attempt to meet, after the fact, the problem of indeterminate liability. The individual plaintiff test would presumably preclude recovery by the other railways that suffered losses identical in nature to those suffered by CN. If the test were extended to cover a foreseeable class of plaintiffs such as users of the railway bridge, it would simply restate the general requirement that the plaintiff be foreseeable and recovery would be allowed whether the users of the bridge were four or four thousand. The proximity test has practically no predictive value; it remains impossible to say whether that test would lead to recovery for the other railways in this case, let alone its application in other cases.

Finally, there are the reasons supporting the exclusionary rule. These are, of course, essentially pragmatic, as has been recognized in cases of this type from the very beginning. First, denial of

en l'espèce. La faute seule ne saurait justifier l'indemnisation dans ce domaine car certains des réclamants qui ont subi un préjudice verront leurs réclamations rejetées. Puisque, dans ce genre de situation, la cour est obligée d'établir une ligne de démarcation parmi ceux à qui l'auteur du délit, qui était indéniablement fautif, a indéniablement causé un préjudice, le recours à la faute présume de la réponse. Les défendeurs étaient également fautifs relativement aux autres réclamations qui seront refusées. Le CN est incapable de prouver l'existence d'un préjudice spécial qui serait différent de celui qu'ont subi les autres réclamants potentiels en vertu d'un contrat. Aucune des distinctions de fait que la compagnie met de l'avant ne se rapporte à la faute du défendeur.

Le deuxième groupe de raisons est axé sur les faiblesses des règles proposées qui permettraient l'indemnisation. Les règles qui permettraient l'indemnisation ne satisfont pas aux critères qu'une règle devrait respecter dans ce domaine. La notion de «rapport spécial» n'est pas applicable aux affaires où il est question d'un accident. Aucun des faits avancés par le CN comme indiquant l'existence de son rapport spécial n'a, en principe, d'autre utilité que d'essayer de régler, après le fait, le problème de la responsabilité indéterminée. La règle du demandeur particulier empêcherait probablement l'indemnisation des autres compagnies ferroviaires qui ont subi des pertes identiques à celles subies par le CN. Si l'application de la règle était élargie de façon à viser une catégorie prévisible de demandeurs tels que les usagers du pont ferroviaire, cela reviendrait simplement à reformuler l'exigence générale que le demandeur soit prévisible et l'indemnisation serait permise, que le nombre d'usagers du pont s'élève à quatre ou à quatre mille. Le critère du lien étroit n'a pratiquement aucune valeur prophétique; il reste impossible de dire si ce critère mènerait à l'indemnisation des autres compagnies ferroviaires en l'espèce, sans parler de son application dans les autres affaires.

Enfin, il y a les raisons étayant la règle d'exclusion. Il va sans dire qu'elles sont essentiellement pragmatiques, comme on l'a reconnu dès le départ dans les affaires de ce genre. Premièrement, le

recovery places incentives on all parties to act in ways that will minimize overall losses, a legitimate and desirable goal for tort law in this area. Second, denial of recovery allows for only one party carrying insurance rather than both parties. Third, it will result in a great saving of judicial resources for cases in which more pressing concerns are put forward. The difficult job of drawing the line is at least done quickly without a great deal of factual investigation into the various factors that found proximity. The right to recover can be most often determined from the face of the contract. Fourth, it also eliminates difficult problems of sharing an impecunious defendant's limited resources between relational claims and direct claims. Fifth, the traditional rule is certain, and although like any pragmatic solution, borderline cases may cause problems, the exceptions to the rule in cases of joint ventures, general average contributions, and possessory and proprietary interests are reasonably well defined and circumscribed. This case, in my view, does not even constitute a borderline case in this respect, since CN has no property interest of any kind. The consequence of that certainty is that contracting parties can be certain of where the loss with respect to the unavailability of property will lie in the absence of any contractual arrangement.

I add one final consideration. This case is one of maritime law, which in large measure encompasses a global system. The bright line exclusionary rule against recovery has for nearly a century been in effect in that system, and continues to be followed by the major trading nations, in particular Great Britain and the United States. In making arrangements for allocating risks in essentially maritime matters, those engaged in navigating and shipping should, as much as possible, be governed by a uniform rule, so that they can plan their

refus d'accorder une indemnité a pour effet d'inciter toutes les parties à agir de façon à minimiser les pertes globales, ce qui constitue un but légitime et souhaitable du droit de la responsabilité délictuelle dans ce domaine. Deuxièmement, le refus d'accorder une indemnité permet qu'une seule des parties possède une assurance et non les deux. Troisièmement, il en résultera une grande économie des ressources judiciaires qui pourront être utilisées dans des causes portant sur des questions plus urgentes. La tâche difficile de tracer la ligne de démarcation est au moins remplie rapidement sans que l'on procède à un long examen factuel des différentes considérations qui justifient l'existence d'un lien étroit. Le droit à l'indemnisation peut très souvent être déterminé à la lecture même du contrat. Quatrièmement, elle élimine les difficiles problèmes du partage des ressources limitées d'un défendeur impécunieux entre les réclamations pour perte relationnelle et celles pour dommages directs. Cinquièmement, la règle traditionnelle est certaine et, quoiqu'à l'instar de toute solution pragmatique, les cas limites puissent causer des problèmes, les exceptions à la règle dans les affaires relatives à des entreprises communes, à des contributions à l'avarie commune et à des droits de possession ou de propriété sont raisonnablement bien définies et délimitées. À mon avis, la présente affaire ne constitue même pas un cas limite à cet égard, puisque le CN ne possède aucun droit de propriété quelconque. Cette certitude a pour conséquence que les parties contractantes peuvent être certaines quant à savoir où se situera la perte relative à la non-disponibilité du bien en l'absence de tout arrangement contractuel.

J'ajoute une dernière considération. Il s'agit en l'espèce d'une affaire de droit maritime qui, dans une large mesure, constitue un système international. La règle d'exclusion dite de la démarcation très nette interdisant l'indemnisation est en vigueur depuis près d'un siècle dans ce système et continue d'être observée par les grandes nations commerçantes, notamment la Grande-Bretagne et les États-Unis. En prenant des mesures pour répartir les risques dans les affaires essentiellement maritimes, ceux qui œuvrent dans les domaines de la naviga-

affairs ahead of time, whether by contract or insurance against possible contingencies.

In my view, to justify recovery in cases of this nature, the plaintiff would, at the very least, have to respond effectively not only to the concern about indeterminacy but also show that no adequate alternative means of protection was available. Other concerns may also need to be met. At the very least, the requirement that the plaintiff not have had any commercially reasonable method of protecting itself is an important addition to what remains a conceptually difficult *ex post facto* inquiry into the "determinate nature" of the particular victim and damage from the perspective of the defendant.

The question of whether recovery should be allowed in the residual cases in which these two barriers are overcome does not require an answer in the context of this case. Individuals and small businesses may be incapable of effectively protecting themselves in any meaningful fashion. In some cases, of course, contractual relational economic loss may occur in a different form such as loss of salary and the failure to protect against it by first-party insurance cannot be said to lead to an inference of social unimportance. In such cases, however, the indeterminacy problem is often very acute. If the number of potential individual plaintiffs is great, recovery will be denied on the grounds of "indeterminacy", even though the plaintiffs may not have had any real ability to protect themselves. Where the plaintiff passes the indeterminacy tests, it will often be sophisticated. The argument that recovery should be denied to those who could have protected themselves does not support a bright line in and of itself. Rather, it complements the indeterminacy analysis. It suggests that those who are most likely to emerge from the indeterminacy analysis are those with the ability to protect themselves and questions the advisability of a rule with the effect of allowing

tion et de l'expédition par eau devraient, le plus possible, être régis par une règle uniforme, de manière à pouvoir planifier à l'avance contre des éventualités, que ce soit au moyen d'un contrat ou d'une assurance.

À mon avis, pour justifier l'indemnisation en pareils cas, le demandeur devrait non seulement, tout au moins, tenir compte efficacement de la préoccupation relative à l'indétermination, mais aussi démontrer qu'il ne disposait d'aucun autre moyen de protection suffisant. Il peut également se révéler nécessaire de tenir compte d'autres préoccupations. À tout le moins, l'exigence que le demandeur n'ait eu aucun moyen commercialement raisonnable de se protéger est un ajout important à ce qui reste une enquête après coup conceptuellement difficile sur la «nature déterminée» de la victime et du préjudice particuliers, du point de vue du défendeur.

Il n'est pas nécessaire, dans le contexte de la présente affaire, de savoir s'il y a lieu de permettre l'indemnisation dans les cas où ces deux obstacles sont surmontés. Il se peut que les particuliers et les petites entreprises soient incapables de se protéger efficacement et utilement. Dans certaines affaires, il va sans dire, la perte économique relationnelle découlant d'un contrat peut se présenter sous une forme différente, comme sous celle d'une perte de salaire, et, on ne saurait dire que l'omission de se protéger contre cette perte au moyen d'une assurance de première partie mène à une inférence que la perte n'est pas importante sur le plan social. En pareils cas, cependant, le problème de l'indétermination est souvent très aigu. Si le nombre potentiel de demandeurs particuliers est élevé, l'indemnisation sera refusée pour cause d'«indétermination», même lorsque les demandeurs n'ont pas vraiment eu la capacité de se protéger. Lorsque le demandeur satisfait aux critères de l'indétermination, ce sera souvent quelqu'un d'avisé. L'argument selon lequel l'indemnisation devrait être refusée à ceux qui auraient pu se protéger ne justifie pas en soi l'établissement d'une ligne de démarcation très nette. Il complète plutôt l'analyse de l'indétermination. Il laisse entendre que ceux qui sont le plus

recovery to only that group of contractual claimants, rather than denying recovery to all.

The exclusionary rule is not in itself attractive. It excludes recovery by people who have undeniably suffered losses as a result of an accident. It also leads to some arbitrary but generally predictable results in cases at the margin. The results with respect to time charters may be “capricious”, but time charterers know their rights and obligations from the start and can act accordingly. The rule only becomes defensible when it is realized that full recovery is impossible, that recovery is in fact going to be refused in the vast majority of such claims regardless of the rule we adopt, and when the exclusionary rule is compared to the alternatives. In my view, it should not be disturbed on the facts of this case.

I should add a few words about McLachlin J.’s suggestion that the essential difference between her approach and mine lies in the flexibility allowed by her approach. She characterizes my approach as providing for recovery depending exclusively on the terms of the formal contract between the plaintiff and the property owner. She considers an approach based on the terms of the contract involves a “rigid categorization which denies the possibility of recovery in new cases which may not meet the categorical test” (at p. 1164), a problem that is avoided under the proximity test she sets forth.

I do not see the essential difference between our two approaches as that between certainty and flexibility. In my view, the key difference is between a principled flexibility, which adheres to a general rule in the absence of policy reasons for excluding its application, and arbitrariness. Among the policy factors considered in the course of this opinion

susceptibles de franchir la barrière de l’indétermination sont ceux qui ont la capacité de se protéger et il met en doute l’à-propos d’une règle ayant pour effet de permettre l’indemnisation à ce seul groupe de réclamants en vertu d’un contrat plutôt que de refuser l’indemnisation à tous.

La règle d’exclusion n’est pas attrayante en soi. Elle exclut l’indemnisation de gens qui ont indéniablement subi des pertes à la suite d’un accident. Elle entraîne également des résultats quelque peu arbitraires mais en général prévisibles dans des cas limites. Les résultats en ce qui concerne les affréteurs à temps peuvent être «capricieux», mais les affréteurs à temps connaissent leurs droits et obligations dès le départ et peuvent agir en conséquence. La règle ne devient défendable que lorsqu’on réalise que l’indemnisation intégrale est impossible, que l’indemnisation va effectivement être refusée en ce qui concerne la grande majorité de ces réclamations, peu importe la règle que nous adoptons, et que la règle d’exclusion est mise en parallèle avec les autres solutions possibles. À mon avis, il convient de ne pas y toucher dans le contexte de la présente affaire.

Je dois ajouter quelques mots au sujet de la proposition du juge McLachlin selon laquelle la différence essentielle entre sa méthode et la mienne réside dans la souplesse qui caractérise la sienne. Elle interprète ma méthode comme prévoyant que l’indemnisation dépend exclusivement des modalités du contrat formel intervenu entre le demandeur et le propriétaire du bien en cause. Elle considère qu’une méthode fondée sur les modalités du contrat implique une «catégorisation stricte qui nie la possibilité d’une indemnisation dans les nouvelles affaires qui peuvent ne pas satisfaire au critère fondé sur la catégorie» (p. 1164), un problème qui serait évité par l’emploi du critère, qu’elle énonce, de l’existence d’un lien étroit.

Je ne perçois pas la différence essentielle entre nos deux méthodes, comme étant celle qui existe entre la certitude et la souplesse. À mon avis, la différence clé est entre une souplesse fondée sur des principes, qui respecte une règle générale en l’absence de raisons de principe d’exclure son application, et l’arbitraire. Parmi les facteurs de

that might justify relaxing the rule are the ability of the plaintiff to protect itself and the quantum of property damage caused by the tortfeasor with its attendant impact on the issue of deterrence. I have not found it necessary to consider the precise role of these factors in this case since CN was clearly able to protect itself and the property damage sustained was sufficient to afford deterrence. Whether such factors would in fact provide workable criteria sufficient to provide for recovery despite the strong arguments in favour of the long standing exclusionary rule, based on certainty and other factors, is an open question. What I have decided is that in the absence of all of these factors, there is no reason to disturb the rule.

Thus I do not say that the right to recovery in all cases of contractual relational economic loss depends exclusively on the terms of the contract. Rather, I note that such is the tenor of the exclusionary rule and that departures from that rule should be justified on defensible policy grounds. The Court should do more than simply establish a rule that allows judges to resolve cases as they see fit. That, as I see it, is the effect of the approach proposed by my colleague.

Disposition

I would allow the appeal and dismiss the claim for damages.

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

MCLACHLIN J.—The issue in this case is whether a person who contracts for the use of the property of another can sue a person who damages that property for losses resulting from his or her inability to use the property during the period of repair. Can purely economic losses such as this be recovered? Or is the right to recover in tort con-

principe examinés dans les présents motifs qui pourraient justifier l'assouplissement de la règle, il y a la capacité du demandeur de se protéger et le montant des dommages matériels causés par l'auteur du délit avec ses répercussions concomitantes sur la question de la dissuasion. Je n'ai pas jugé nécessaire d'étudier le rôle précis de ces facteurs en l'espèce, étant donné que le CN était tout à fait capable de se protéger et que les dommages matériels subis étaient suffisants pour qu'il y ait dissuasion. Reste en suspens la question de savoir si de tels facteurs fourniraient effectivement des critères pratiques suffisants pour prévoir l'indemnisation malgré les arguments solides, fondés sur la certitude et d'autres facteurs, en faveur du maintien de la règle d'exclusion en vigueur depuis longtemps. J'en suis venu à la conclusion qu'en l'absence de tous ces facteurs, il n'y a aucune raison de toucher à la règle.

Ainsi, je ne dis pas que le droit à l'indemnisation, dans tous les cas de perte économique relationnelle découlant d'un contrat, dépend exclusivement des modalités du contrat. Je ferai plutôt remarquer que tel est le sens de la règle d'exclusion et que les dérogations à cette règle devraient se justifier par des raisons de principe défendables. La Cour devrait faire plus que de simplement établir une règle permettant aux juges de trancher à leur gré les litiges. Tel est, selon moi, l'effet de la méthode proposée par ma collègue.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter l'action en dommages-intérêts.

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

LE JUGE MCLACHLIN—Il s'agit en l'espèce de savoir si la personne qui passe un contrat pour l'utilisation du bien d'une autre personne peut poursuivre la personne qui a endommagé ce bien pour les pertes découlant de son incapacité d'utiliser le bien pendant les réparations. Les pertes purement économiques comme celles-ci peuvent-elles donner lieu à indemnisation? Ou bien le droit à l'indemnisation en matière délictuelle se limite-t-il

fined to cases where the plaintiff can show that his or her property or person was injured?

aux cas où le demandeur peut prouver que son bien a été endommagé ou que lui-même a été blessé?

The Facts

The accident which gives rise to these proceedings occurred near the mouth of the Fraser River in British Columbia. A tug owned and operated by the Norsk Pacific Steamship Co. and Norsk Pacific Marine Services Ltd., negligently struck a railway bridge owned by Public Works Canada ("PWC"). A number of railway companies, including the Canadian National Railway ("CN"), held contracts with PWC for the use of the bridge. CN was the primary user of the bridge (86 percent of the total use), which was known locally as "the CNR bridge". The bridge connects the Vancouver terminus to the main line and is the sole direct link between CN rails on the north and south shores of the Fraser.

CN has property (land and rails) close to the bridge. When the bridge is closed for maintenance, the timing and duration are negotiated between PWC and CN. The appellants knew that the bridge was essential to CN's operations since there was no other rail bridge in the area. In fact, the bridge had to be closed once due to an accident and, as a result, the appellants were aware of the consequences of such closing for CN.

After the accident involving Norsk's tug, it took several weeks to repair the bridge. CN and the other railways had to reroute their traffic. This raised the cost of their operations and may have diminished the amount of freight hauled.

The railways sued the tug owners and operators for the additional cost incurred as a result of the closure of the bridge.

Les faits

L'accident à l'origine de la présente instance s'est produit près de l'embouchure du fleuve Fraser en Colombie-Britannique. Un remorqueur appartenant aux appelantes Norsk Pacific Steamship Co. et Norsk Pacific Marine Services Ltd. a heurté par négligence un pont ferroviaire de Travaux publics Canada («TPC»). Un certain nombre de compagnies ferroviaires, dont la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada («CN»), avaient conclu des contrats avec TPC pour l'utilisation du pont. Le CN était le principal usager du pont (86 pour cent de l'utilisation totale), connu dans la région sous le nom de «pont du CN». Ce pont relie le terminus de Vancouver à la voie principale et constitue le seul lien direct entre les rails du CN situés sur la rive nord et ceux situés sur la rive sud du Fraser.

Le CN possède des biens (terrains et rails) près du pont. Lorsque le pont est fermé à des fins d'entretien, le moment et la durée des travaux se négocient entre TPC et le CN. Les appelants savaient que ce pont était essentiel aux opérations du CN puisqu'il n'y avait aucun autre pont ferroviaire dans la région. En fait, le pont avait déjà dû être fermé à cause d'un accident et les appelants connaissaient donc les conséquences d'une telle fermeture pour le CN.

À la suite de l'accident impliquant le remorqueur des appelantes Norsk, il a fallu plusieurs semaines pour réparer le pont. Le CN et les autres compagnies ferroviaires ont dû dérouter leur trafic. Cela a entraîné une augmentation de leurs frais d'opération et, sans doute, une réduction du volume des marchandises transportées.

Les compagnies ferroviaires ont poursuivi les propriétaires et les exploitants du remorqueur pour les frais supplémentaires découlant de la fermeture du pont.

Judgments Below

The trial judge, Addy J. (1989), 26 F.T.R. 81, held that the plaintiffs could recover. He concluded that while the rule which had once excluded recovery of such loss no longer existed in Canada, not all economic loss is recoverable in tort. He declined to enunciate a rule for when pure economic loss is recoverable, but suggested three factors upon which recovery of such loss might be conditioned:

- (1) knowledge of the specific person who is likely to suffer damage (as opposed to a class of persons);
- (2) foreseeability of the precise nature of the loss; and
- (3) sufficient proximity between the act and the injury to permit objectively the conclusion that the tortfeasor is "morally bound" to compensate the victim.

Addy J. found these requirements to be met. CN was the known user of the bridge and the precise nature of the loss was foreseeable, as it had occurred before. Moreover, the railway's relationship was sufficiently closely connected with the bridge, both physically and in terms of use, to establish proximity.

The Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 114, upheld the finding that the loss was recoverable. The old exclusionary rule no longer prevailed. According to MacGuigan J.A. (Heald J.A. concurring) as well as Stone J.A., the only prerequisites to recovery are sufficient proximity and reasonable foreseeability.

Analysis

This case requires the Court to confront squarely the vexed question of the extent to which damages for pure economic loss may be recovered in tort at common law. I propose to consider in turn: (1) the

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

Le juge Addy de la cour de première instance, (1989), 26 F.T.R. 81, a statué que les demanderesse pouvaient être indemnisées. Il a conclu que, même si la règle qui avait jadis exclu l'indemnisation d'une telle perte n'existait plus au Canada, toute perte économique ne peut pas pour autant faire l'objet d'une indemnisation en matière délictuelle. Il a refusé de formuler une règle pour déterminer quand la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation, mais il a proposé trois facteurs qui pourraient conditionner l'indemnisation d'une telle perte:

- (1) la connaissance de la personne précise qui est susceptible de subir un préjudice (par opposition à une catégorie de personnes);
- (2) la prévisibilité de la nature précise de la perte, et
- (3) l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte commis et le préjudice subi pour permettre objectivement de conclure que l'auteur du délit est «moralement tenu» de dédommager la victime.

Le juge Addy a estimé que ces conditions étaient remplies. Le CN était l'usager connu du pont et la nature précise de la perte était prévisible, car pareille situation s'était produite auparavant. En outre, le lien entre le chemin de fer et le pont était suffisamment étroit, tant sur le plan matériel que sur celui de l'utilisation.

La Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 114, a confirmé la conclusion que la perte pouvait donner lieu à indemnisation. L'ancienne règle d'exclusion n'avait plus cours. Selon le juge MacGuigan (à l'opinion duquel a souscrit le juge Heald) et le juge Stone, les seules conditions préalables à l'indemnisation sont l'existence d'un lien suffisamment étroit et la prévisibilité raisonnable de la perte.

Analyse

En l'espèce, la Cour doit examiner carrément la question controversée de la mesure dans laquelle la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation en matière délictuelle en common

nature of the problem; (2) how different jurisdictions have dealt with the problem; (3) the approach which should be adopted in the common law provinces of Canada; (4) application of the indicated approach to the facts of this case.

1. *The Nature of the Problem*

A fundamental proposition underlies the law of tort: that a person who by his or her fault causes damage to another may be held responsible. Where the fault is negligence, the duty extends to all those to whom the tortfeasor may foreseeably cause harm: *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). This is a proposition of great breadth. It was soon realized that it would be necessary to limit recovery for practical, policy reasons. As Cardozo J. put it in *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444, limits were needed to prevent "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class".

The search for a principled mechanism of limitation has proved elusive. The law began by limiting recovery to cases where the tortfeasor had caused physical loss or injury to the plaintiff: *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. That case denied recovery of "relational losses" consequent upon the negligent infliction of damage to the property of another person. Only a person whose person or property is damaged can recover in tort. This rule was followed for decades in England and elsewhere in the Commonwealth.

While the criterion of physical damage successfully avoided the spectre of unlimited damages, it suffered from the defect that it arbitrarily, and in some cases, arguably unjustly, deprived deserving plaintiffs of recovery. Why, it was asked, should the right to recover economic loss be dependant on

law. Je me propose d'étudier à tour de rôle (1) la nature du problème, (2) la façon dont le problème a été abordé par différentes juridictions, (3) l'approche qui devrait être adoptée dans les provinces canadiennes de common law et (4) l'application de l'approche indiquée aux faits de la présente affaire.

1. *La nature du problème*

Une proposition fondamentale sous-tend le droit en matière de responsabilité délictuelle: la personne qui, par sa faute, cause un préjudice à autrui peut en être tenue responsable. Lorsque cette faute est la négligence, l'obligation s'étend à toutes les personnes auxquelles l'auteur du délit peut de façon prévisible causer un préjudice: *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). C'est une proposition très large. On s'est vite rendu compte qu'il faudrait limiter l'indemnisation pour des raisons pratiques générales. Comme le mentionne le juge Cardozo dans la décision *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), à la p. 444, il fallait établir des limites afin d'éviter [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée».

La recherche d'un mécanisme de limitation fondé sur un principe n'a pas donné les résultats escomptés. Le droit a commencé par limiter l'indemnisation aux cas où l'auteur du délit avait causé un dommage matériel ou une lésion corporelle au demandeur: *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. Dans cette affaire, le tribunal a refusé l'indemnisation des [TRADUCTION] «pertes relationnelles» consécutives au dommage causé par négligence aux biens d'une autre personne. Seule la personne qui est blessée ou dont les biens sont endommagés peut obtenir une indemnisation en matière délictuelle. Cette règle a été suivie durant des décennies en Angleterre et ailleurs au sein du Commonwealth.

Bien que le critère du préjudice physique ait permis d'éviter le spectre des dommages-intérêts illimités, il avait le défaut de priver arbitrairement et, dans certains cas, on pourrait dire injustement, des demandeurs d'une indemnisation qu'ils auraient méritée. Pourquoi, s'est-on demandé, le droit à

whether physical damage, however minuscule, had been inflicted on the plaintiff's property? Why should a plaintiff who waits for a defective machine to break and cause physical injury or damage be able to recover, while one who prudently repairs the machine before the physical damage or injury occurs be left without remedy? Is there really a generic distinction between the loss resulting from repair of physical damage and loss resulting from loss of use in a commercial situation where the only real loss is one of profit? While it may be argued that physical injury is inherently more deserving than economic loss, particularly where the economic loss is not associated with physical damage (see Feldthusen, *Economic Negligence* (2nd ed. 1989), at pp. 8-14), that does not explain why the law should not permit recovery for economic loss where justice so requires nor how damage to property and economic losses can be distinguished in many situations. Someone who invests in a bridge in order to use it cannot be distinguished from someone who leases a bridge in order to use it. If the bridge is lost they have both lost something of value: the use of the bridge.

Not surprisingly, the courts began to allow recovery of pure economic loss where they thought it was just. However, apart from reliance damages for negligent misrepresentation, the course of the law has been neither uniform nor uncontroversial. This appeal raises anew the issue in the Canadian context.

The answers to the question of recovery economic loss in negligence are not easy, as the uncertain history of the cases attests. On the one hand, the jurisprudence of the past three decades discloses a resurgent feeling on the part of judges that in some cases beyond physical damage and reli-

l'indemnisation d'une perte économique devrait-il dépendre de la question de savoir si le demandeur a subi un dommage matériel, si infime soit-il? Pourquoi le demandeur qui attend qu'une machine défectueuse brise et cause une lésion corporelle ou un dommage matériel pourrait-il être indemnisé, tandis que celui qui, par mesure de prudence, fait réparer la machine avant que ne survienne un dommage matériel ou une lésion corporelle ne pourrait pas obtenir réparation? Y a-t-il vraiment une différence générale entre la perte résultant de la réparation d'un dommage matériel et celle résultant d'une perte d'utilisation dans un contexte commercial où la seule véritable perte en est une de profit? Bien qu'on puisse soutenir que la lésion corporelle mérite davantage en soi de faire l'objet d'une indemnisation que la perte économique, tout particulièrement lorsque celle-ci n'est pas associée à un préjudice physique (voir Feldthusen, *Economic Negligence* (2^e éd. 1989), aux pp. 8 à 14), cela n'explique pas pourquoi le droit ne devrait pas permettre l'indemnisation de la perte économique lorsque la justice l'exige ni comment on peut établir une distinction entre le dommage matériel et les pertes économiques dans bien des cas. On ne peut pas établir de distinction entre quelqu'un qui investit dans un pont dans le but de l'utiliser et quelqu'un qui loue un pont dans le but de l'utiliser. En cas de perte du pont, les deux personnes perdront quelque chose de valeur: l'usage du pont.

Comme on pouvait s'y attendre, les tribunaux ont commencé à permettre l'indemnisation de la perte purement économique lorsqu'ils ont estimé que cela était juste. Toutefois, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts pour le crédit accordé à une déclaration inexacte faite par négligence, l'évolution du droit sur ce point ne s'est faite ni de façon uniforme ni sans controverse. Le présent pourvoi soulève à nouveau la question dans le contexte canadien.

Il n'est pas facile de répondre à la question de l'indemnisation de la perte économique découlant d'une négligence, comme l'atteste l'évolution incertaine des affaires concernées. D'une part, la jurisprudence des trois dernières décennies indique que les juges estiment de nouveau que, dans cer-

ance, economic loss should be recoverable in negligence. On the other hand lies the fear of indiscriminately opening the floodgates of liability.

It is worth stating at the outset certain general propositions which have been often put and may serve as guideposts in our search for the answer to the difficult issue we face.

First, some limits on the potentially unlimited liability which can theoretically flow from negligence are necessary; potential defendants must be able to gauge the extent of the risk they incur and frivolous litigation should be discouraged. The need for a limiting device is recognized in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, and acknowledged in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2.

Second, the limits should be relatively clear. Commentators have adverted to the need for certainty such that commercial enterprises have some appreciation of what risk is to be borne by whom. See, for example, Smith, *Liability in Negligence* (1984), at p. 166, *Winfield and Jolowicz on Tort* (13th ed. 1989), at p. 86, and Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), at pp. 162 *et seq.*

Third, as Lord Denning observed in *Spartan Steel & Alloys Ltd. v. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.), at p. 36, "At bottom . . . the question of recovering economic loss is one of policy." The question is not only one of legal doctrine, but of where, from the point of view of individual fairness and economic policy, the loss should ultimately fall.

Finally, a single, simple criterion for recovery in all the disparate circumstances where economic loss is foreseeable and ought to be recoverable is, given the record to date, probably unattainable: see Oliver L.J. in *Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon*

tains cas, outre le préjudice physique et la confiance, la perte économique devrait donner lieu à indemnisation pour négligence. D'autre part, il y a la crainte de déclencher une avalanche d'actions en responsabilité.

Il vaut la peine de mentionner au départ certaines propositions générales qui ont souvent été exprimées et qui peuvent servir de jalons dans notre recherche d'une réponse à la question difficile dont nous sommes saisis.

Premièrement, il est nécessaire de fixer certaines limites à la responsabilité virtuellement illimitée, qui en théorie, peut découler de la négligence; les défendeurs éventuels doivent pouvoir évaluer la portée du risque qu'ils courent et il convient de décourager les procès futiles. Dans les arrêts *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, on reconnaît la nécessité d'avoir un mécanisme de limitation.

Deuxièmement, les limites devraient être assez claires. Selon les commentateurs, il faut une certitude telle que les entreprises commerciales aient une idée du risque qui doit être assumé et par qui. Voir, par exemple, Smith, *Liability in Negligence* (1984), à la p. 166, *Winfield and Jolowicz on Tort* (13^e éd. 1989), à la p. 86, et Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), aux pp. 162 et suiv.

Troisièmement, comme lord Denning le fait remarquer, à la p. 36 de l'arrêt *Spartan Steel & Alloys Ltd. c. Martin & Co. (Contractors) Ltd.*, [1973] Q.B. 27 (C.A.), [TRADUCTION] «Au fond [...] la question de l'indemnisation de la perte économique en est une de principe.» Il s'agit non seulement d'une question de doctrine juridique, mais également de savoir dans quelle catégorie, du point de vue de l'équité individuelle et de la politique économique, la perte devrait entrer en fin de compte.

Enfin, étant donné l'état actuel du dossier, il n'est probablement pas possible d'arriver à un critère simple et unique d'indemnisation dans toutes les circonstances disparates où la perte économique est prévisible et devrait donner lieu à

Shipping Co., [1985] Q.B. 350, and Wilson J. in *Kamloops (City of) v. Nielsen, supra*.

indemnisation: voir les motifs du lord juge Oliver dans l'arrêt *Leigh and Sullivan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] Q.B. 350, et ceux du juge Wilson dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, précité.

From this general statement of the problem, I turn to a more detailed analysis of the search for a limiting principle on the right to recover damages for economic loss in tort or delict in different jurisdictions.

Après cet exposé général du problème, je vais passer à une analyse plus approfondie de la recherche d'un principe limitant le droit d'obtenir, dans différents ressorts, des dommages-intérêts pour la perte économique résultant d'un délit.

2. *Limiting Recovery for Economic Loss—A Comparative View*

2. *Limitation de l'indemnisation de la perte économique—Étude comparative*

A summary of how different courts in different jurisdictions have dealt with this problem affords us perspective both on the nature of the problem and the possible solutions.

Un résumé de la façon dont divers tribunaux ont, dans différents ressorts, traité ce problème nous donne une idée tant de la nature du problème que des solutions possibles.

(a) United Kingdom

a) Royaume-Uni

The traditional exclusionary rule of *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* restricted recovery of economic loss to cases where the plaintiff had suffered physical damage. This rule was lifted to allow recovery for pure economic loss in an action for negligent misstatement in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). The exception was pinned on the concept of reliance. Where the defendant negligently made a misstatement which the defendant should have foreseen others would rely on, and where the plaintiff relied on it and suffered financial loss, the plaintiff was entitled to recover that loss, notwithstanding the absence of any physical harm to the plaintiff. This exception is now firmly fixed in the law of tort.

La règle classique d'exclusion énoncée dans la décision *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* limitait l'indemnisation de la perte économique aux cas où le demandeur avait subi un préjudice physique. Cette règle a été abolie afin de permettre l'indemnisation de la perte purement économique dans une action pour renseignement inexact fourni par négligence, dans l'affaire *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.). L'exception était rattachée à la notion de confiance. Lorsque le défendeur a fourni par négligence un renseignement inexact dont il aurait dû prévoir que d'autres personnes s'y fieraient, et lorsque le demandeur s'y est fié et a subi une perte financière, le demandeur a le droit d'être indemnisé de cette perte même s'il n'a subi aucun préjudice physique. Cette exception est maintenant profondément enracinée dans le droit en matière de responsabilité délictuelle.

Various courts in the following two decades attempted to widen the exceptions to the exclusionary rule. For example, it was extended to products liability cases in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.). And it was allowed in maritime law where the plaintiff could be said by reason of its contract to be in a "joint venture"

Au cours des deux décennies suivantes, divers tribunaux ont essayé d'élargir le champ des exceptions à la règle d'exclusion. Par exemple, on en a étendu l'application aux actions en responsabilité du fabricant dans l'arrêt *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.). Pareille exception a été permise en droit maritime lorsque le

with the owner of damaged property: *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265. These cases culminated in the dictum of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), which suggested that recovery should not depend on the category of case, but should lie wherever two general conditions were found: (1) foreseeability and sufficient proximity between the negligent act and the loss; and (2) the absence of considerations which call for a limitation on liability.

The House of Lords recently resiled from *Anns* and returned to the old proposition that economic loss could be recovered in negligence only where the plaintiff had suffered physical damage or in the reliance situation of *Hedley Byrne: Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398. The reasons cited in *Murphy*, at p. 472, for the return to the narrow rule focus on the absence of any "coherent and logically based doctrine" or device for avoiding the spectre of unlimited liability, an absence, in the view of Lord Keith, calculated "to put the law of negligence into a state of confusion defying rational analysis". The only way to avoid this result, in the view of their Lordships, was to return the law to its former narrow, if arbitrary state.

(b) Australia

In Australia recovery in negligence is not confined to the established cases of physical damage to the plaintiff's property or person or reliance. In *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227, the Australian High Court awarded economic loss caused by negligence in the absence of physical damage to the plaintiff. While Gibbs J. based his decision on the

demandeur pouvait être considéré, en raison de son contrat, comme participant à une [TRADUCTION] «entreprise commune» avec le propriétaire des biens endommagés: *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265. Ces affaires ont abouti à l'opinion incidente de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), selon laquelle l'indemnisation ne devrait pas dépendre de la catégorie d'affaire, mais devrait avoir lieu chaque fois que sont remplies deux conditions générales: (1) la prévisibilité et l'existence d'un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte, et (2) l'absence de considérations requérant une limitation de responsabilité.

La Chambre des lords s'est détournée récemment de l'arrêt *Anns* et est revenue à l'ancienne proposition voulant que la perte économique ne puisse donner lieu à indemnisation fondée sur la négligence que dans le cas où le demandeur a subi un préjudice physique ou dans celui où il y a eu confiance au sens de l'affaire *Hedley Byrne: Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398. Les raisons mentionnées à la p. 472 de l'arrêt *Murphy* en faveur du retour à la règle stricte mettent l'accent sur l'absence de toute [TRADUCTION] «théorie cohérente et fondée sur la logique» ou d'un mécanisme permettant d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée, une absence, selon lord Keith, ayant pour effet [TRADUCTION] «de placer le droit relatif à la négligence dans un état de confusion défiant toute analyse rationnelle». La seule façon d'éviter ce résultat, d'après leurs Seigneuries, était de remettre la règle dans l'état où elle se trouvait antérieurement, c'est-à-dire d'en refaire une règle stricte, voir même arbitraire.

b) Australie

En Australie, l'indemnisation en cas de négligence ne se limite pas aux cas où l'on a prouvé l'existence d'un préjudice physique causé aux biens, à la personne ou lié à la confiance du demandeur. Dans l'arrêt *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227, la Haute Cour de l'Australie a accordé un dédommagement pour la perte écono-

special circumstances of the case, Stephen, Mason, Jacobs and Murphy JJ. held that in Australia it is possible to recover economic loss unrelated to reliance without physical damage.

(c) United States

The prevailing approach in the United States has been characterized as “pragmatic”: see Tetley, “Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates” (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539, at p. 575. The jurisprudence continues to be dominated by Cardozo J.’s fear of opening the floodgates and remains reluctant to award damages for pure economic loss. Such damages have sometimes been awarded, however in three classes of cases:

(1) in cases where the economic loss is closely related to physical damage, e.g., *Domar Ocean Transportation, Ltd. v. M/V Andrew Martin*, 754 F.2d 616 (5th Cir. 1985) where a tug was held to be an integrated unit of a barge which was physically damaged permitting recovery of economic loss for loss of use of the tug; and the *Amoco Transport Co. v. S/S Mason Lykes*, 768 F.2d 659 (5th Cir. 1985) where a cargo holder recovered non-physical damage due to collateral physical damage to a vessel). This may be regarded as the equivalent of the U.K. “joint venture” exception;

(2) pollution cases such as *Union Oil Co. v. Oppen*, 501 F.2d 558 (9th Cir. 1974), where, on grounds of public policy, economic loss has been awarded to commercial fishermen and others who suffer as a result of pollution;

mique causée par négligence en l’absence de tout préjudice physique subi par la demanderesse. Bien que le juge Gibbs ait fondé sa décision sur les circonstances spéciales de l’affaire, les juges Stephen, Mason, Jacobs et Murphy ont statué qu’en Australie il est possible de se faire indemniser de la perte économique qui n’est pas liée à la confiance en l’absence de tout préjudice physique.

^b c) États-Unis

^c La méthode la plus répandue aux États-Unis a été qualifiée de [TRADUCTION] «pragmatique»; voir Tetley, «Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates» (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539, à la p. 575. Les tribunaux continuent d’être dominés par la crainte du juge Cardozo de causer une avalanche de poursuites et demeurent peu disposés à accorder des dommages-intérêts pour la perte purement économique. Des dommages-intérêts de ce genre ont parfois été accordés, cependant, dans trois catégories d’affaires:

^d (1) les affaires où la perte économique est étroitement liée au préjudice physique, par exemple, *Domar Ocean Transportation, Ltd. c. M/V Andrew Martin*, 754 F.2d 616 (5th Cir. 1985), où l’on a considéré qu’un remorqueur faisait partie intégrante d’un chaland ayant subi des dommages matériels, ce qui permettait l’indemnisation de la perte économique résultant de la perte d’usage du remorqueur; et l’affaire *Amoco Transport Co. c. S/S Mason Lykes*, 768 F.2d 659 (5th Cir. 1985), où le propriétaire d’une cargaison a été indemnisé d’un préjudice non physique résultant de dommages matériels accessoires causés à un navire. Cela peut être considéré comme l’équivalent de l’exception de l’«entreprise commune» que l’on trouve au Royaume-Uni;

^e (2) les affaires de pollution comme *Union Oil Co. c. Oppen*, 501 F.2d 558 (9th Cir. 1974), où, pour des raisons d’ordre public, des pêcheurs commerciaux et d’autres personnes lésées par la pollution ont été indemnisés d’une perte économique;

(3) certain products liability cases, at least where the defective product creates an unreasonable risk of harm to persons or property and such harm materializes: see *East River Steamship Corp. v. Delaval Turbine, Inc.*, 752 F.2d 903 (3d Cir. 1985), aff'd 476 U.S. 858 (1986).^a

(d) Civil Law Jurisdictions

The civil law jurisdictions of France and Quebec make no distinction between physical and economic damage. Nor do they base liability on concepts of reliance. Loss of any type is recoverable wherever fault, damage and a direct and immediate causal connection between the two are established. Thus pure economic loss is recoverable. For example, it has been held in France that a bus company can recover losses of revenue from the person at fault in a car accident which congested traffic: Cass. civ. 2^e, April 28, 1965, D.S. 1965.777 (*Marcailloux v. R.A.T.V.M.*); and in Quebec, that a chicken farmer can recover profits lost as a result of negligence which caused a power pole to fall which in turn caused a power failure: *Joly v. Ferme Ré-Mi Inc.*, [1974] C.A. 523.

In Quebec, art. 1053 of the *Civil Code of Lower Canada* states: "Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill." Parties able to recover in delict have not been restricted by this Court; "another" has been found to include all persons suffering a loss, including economic loss, as a direct result of the defendant's fault: *Regent Taxi v. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes*, [1929] S.C.R. 650, and *Hôpital Notre-Dame v. Laurent*, [1978] 1 S.C.R. 605.

This is not to say that the civil law does not impose limits on the recovery of economic loss.^j

(3) certaines affaires de responsabilité du fabricant, au moins lorsque le produit défectueux engendre un risque déraisonnable de préjudice à l'égard de personnes ou de biens et qu'un tel risque se concrétise: voir *East River Steamship Corp. c. Delaval Turbine, Inc.*, 752 F.2d 903 (3d Cir. 1985), confirmé par 476 U.S. 858 (1986).

d) Jurisdictions de droit civil

Les juridictions de droit civil de la France et du Québec ne font pas de distinction entre le préjudice physique et le préjudice économique. Elles ne fondent pas non plus la responsabilité sur des notions de confiance. Toute perte, de quelque genre qu'elle soit, peut donner lieu à indemnisation chaque fois qu'on prouve l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien causal direct et immédiat entre les deux. Ainsi la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation. Par exemple, il a été jugé en France qu'une compagnie d'autobus pouvait se faire indemniser des pertes de revenu de la personne en tort dans un accident d'automobile qui avait causé un embouteillage: Cass. civ. 2^e, 28 avril 1965, D.S. 1965.777 (*Marcailloux c. R.A.T.V.M.*); et il a été statué au Québec qu'un aviculteur pouvait se faire indemniser des profits perdus à la suite d'une négligence qui a entraîné la chute d'un poteau d'électricité qui, à son tour, a causé une panne d'électricité: *Joly c. Ferme Ré-Mi Inc.*, [1974] C.A. 523.

Au Québec, l'art. 1053 du *Code civil du Bas-Canada* stipule: «Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.» Notre Cour n'a établi aucune limite quant aux parties qui sont indemnisables en cas de délit; elle a considéré que le mot «autrui» comprend toutes les personnes qui subissent une perte, y compris une perte économique, découlant directement de la faute du défendeur: *Regent Taxi c. Congrégation des petits frères de Marie, dits frères maristes*, [1929] R.C.S. 650, et *Hôpital Notre-Dame c. Laurent*, [1978] 1 R.C.S. 605.

Cela ne veut pas dire que le droit civil n'impose aucune limite à l'indemnisation de la perte écono-

The control mechanism against unlimited loss in the civil law lies not in the type of loss but in the factual determination of whether the loss is a direct, certain and immediate result of the negligence. It appears to have worked well in avoiding frivolous claims and the threat of unlimited liability. Thus Tetley, *supra*, concludes at p. 584:

The vigorous application of this solid theoretical framework to the analysis of damage claims of *all* types in the civil law appears to result in 'economic loss' (to use the common law term) being compensated in approximately the same types of cases as in common law jurisdictions, without the 'indeterminate' liability so much dreaded in those latter jurisdictions actually ensuing in practice.

(e) Canada — Common Law Jurisdictions

Canadian judges early on evinced skepticism about the possibility of limiting damages for negligence to cases of physical injury to the plaintiff or reliance. In 1974, four years before the landmark English case in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*, this Court allowed recovery of pure economic loss in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, *supra*. There was no actual physical damage. The majority, per Ritchie J., allowed damages for the loss of use of a defective crane during its repair period on the basis that the loss was the "proximate" result of the duty to warn. Laskin J., dissenting in part, would have additionally allowed recovery for the cost of repair of the crane because the repair was necessary to prevent foreseeable damage resulting from the collapse of the crane, even though no physical damage had yet occurred.

In subsequent years this Court repeatedly held that economic loss can be recovered in tort in the absence of injury to the plaintiff's person or property in appropriate cases: *Agnew-Surpass Shoe*

mique. Le mécanisme de contrôle qui permet d'éviter le préjudice illimité en droit civil réside non pas dans le genre de préjudice subi mais dans la question de savoir si, dans les faits, le préjudice est une conséquence directe, certaine et immédiate de la négligence. Il semble que cela a permis d'éviter les réclamations futiles et la menace de responsabilité illimitée. Tetley, précité, à la p. 584, conclut ainsi:

[TRADUCTION] L'application rigoureuse de ce solide cadre théorique à l'analyse des actions en dommages-intérêts de *tout* genre en droit civil semble faire en sorte que la «perte économique» (pour utiliser l'expression de la common law) donne lieu à indemnisation dans à peu près les mêmes genres d'affaires que dans les ressorts de common law, sans que s'ensuive vraiment en pratique la responsabilité «indéterminée» tant redoutée dans ces derniers ressorts.

e) Canada — Les juridictions de common law

Les juges canadiens ont tôt fait de manifester leur scepticisme quant à la possibilité de limiter les dommages-intérêts en cas de négligence aux cas de préjudice physique causé au demandeur ou aux cas où il y a eu confiance. En 1974, c'est-à-dire quatre ans avant que ne soit rendu l'arrêt anglais *Anns c. Merton London Borough Council*, précité, qui a fait date, notre Cour a permis l'indemnisation de la perte purement économique dans l'affaire *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, précitée. Il n'y avait pas eu véritablement de préjudice physique. Le juge Ritchie, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, a accordé des dommages-intérêts pour la perte d'usage d'une grue défectueuse pendant qu'elle était en réparation pour le motif que la perte était la conséquence «immédiate» du manquement à l'obligation d'avertir. Le juge Laskin, dissident en partie, aurait accordé en outre l'indemnisation des frais de réparation de la grue parce que ces réparations étaient nécessaires pour éviter le préjudice prévisible découlant de l'effondrement de la grue, même s'il n'était encore survenu aucun préjudice physique.

Au cours des années suivantes, notre Cour a jugé, à maintes reprises, dans des cas appropriés, que la perte économique peut donner lieu à indemnisation en matière délictuelle en l'absence de pré-

Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd., [1976] 2 S.C.R. 221, at p. 252, *Kamloops (City of) v. Nielsen*, *supra*, and *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 239. It has, moreover, repeatedly affirmed the test for tort liability adopted in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*.

This Court in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, *supra*, held that the purchaser of a house which the defendant municipality had negligently caused to be constructed could recover his financial loss in the absence of physical damage, affirming the non-exclusionary test of *Anns v. Merton London Borough Council*. It confirmed that claims for economic loss in negligence are not confined to cases where the plaintiff has suffered physical damage or where there has been reliance. Determination of when such liability arises is not a matter so much of finding a single universal formula, as of identifying criteria associated with valid claims. The Court, faced with the same issue which confronts us in this case — whether recovery for economic loss should be allowed in a new category of case — adopted an approach at once doctrinal and pragmatic, asking: (1) is there a duty relationship sufficient to support recovery? and, (2) is the extension desirable from a practical point of view, i.e., does it serve useful purposes or, on the other hand, open the floodgates to unlimited liability?

The departure from the narrow exclusionary rule in Canada has not opened the floodgates to claims for pure economic loss. While acknowledging that pure economic loss could be recovered, many cases in the years that followed failed for want of satisfactory proof: see *MacMillan Bloedel Ltd. v. Foundation Company of Canada Ltd.*, [1977] 2 W.W.R. 717 (B.C.S.C.); *Gypsum Carrier Inc. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 147; *Star Village Tavern*

judice causé à la personne ou aux biens du demandeur: *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, à la p. 252, *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, précité, et *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, à la p. 239. Elle a de plus confirmé à maintes reprises le critère de la responsabilité délictuelle adopté dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, précité.

Dans l'affaire *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, précitée, notre Cour a statué que l'acquéreur d'une maison mal construite en raison de la négligence de la municipalité défenderesse pouvait être indemnisé de sa perte financière en l'absence de tout préjudice physique, confirmant ainsi le critère de non-exclusion énoncé dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*. Elle a confirmé que les réclamations pour perte économique en raison d'une négligence ne se limitent pas aux cas où le demandeur a subi un préjudice physique ni à ceux où il y a eu confiance. Pour déterminer quand une telle responsabilité prend naissance, il ne s'agit pas tant de trouver une formule unique et universelle que d'identifier les critères liés aux réclamations valides. La Cour, saisie de la même question que celle sur laquelle nous devons nous prononcer en l'espèce, à savoir si l'indemnisation de la perte économique devrait être permise dans une nouvelle catégorie d'affaire, a adopté une démarche à la fois doctrinale et pratique, en se demandant (1) s'il existait une relation découlant d'une obligation suffisante pour justifier l'indemnisation, et (2) si l'extension de l'indemnisation est souhaitable du point de vue pratique, c'est-à-dire sert-elle des fins utiles ou, par contre, a-t-elle pour effet de déclencher une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée?

La dérogation au Canada à la règle stricte d'exclusion n'a pas entraîné une avalanche de poursuites pour perte purement économique. Bien qu'on y ait reconnu que la perte purement économique pouvait donner lieu à indemnisation, bon nombre d'actions, au cours des années qui ont suivi, ont échoué en raison de l'absence d'éléments de preuve satisfaisants: voir *MacMillan Bloedel Ltd. c. Foundation Company of Canada Ltd.*,

v. Nield (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (Man. Q.B.); *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, *supra*.

[1977] 2 W.W.R. 717 (C.S.C.-B.); *Gypsum Carrier Inc. c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 147; *Star Village Tavern c. Nield* (1976), 71 D.L.R. (3d) 439 (B.R. Man.); *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*,

^a précité.

(f) Implications of the Comparative Review

The foregoing comparative review suggests that in some cases damages for economic loss should be available where the plaintiff has neither suffered physical damage nor relied in the sense of *Hedley Byrne*. Civil law jurisdictions, far from precluding such recovery, require it where it is direct and certain. The common law jurisdictions started from a narrow rule excluding most pure economic loss, but found themselves in a situation where judges on a case-by-case basis persisted in awarding damages for economic loss outside the categories. Even in the United States, where fear of the floodgates of unlimited liability has held the strongest sway, courts have been forced to make exceptions in the interests of justice. The fact is that situations arise, other than those falling within the old exclusionary rule, where it is manifestly fair and just that recovery of economic loss be permitted. Faced with these situations, courts will strain to allow recovery, provided they are satisfied that the case will not open the door to a plethora of undeserving claims. They will refuse to accept injustice merely for the sake of the doctrinal tidiness which is the motivating spirit of *Murphy*. This is in the best tradition of the law of negligence, the history of which exhibits a sturdy refusal to be confined by arbitrary forms and rules where justice indicates otherwise. It is the tradition to which this Court has adhered in suggesting in *Kamloops* that the search should not be for a universal rule but for the elaboration of categories where recovery of economic loss is justifiable on a case-by-case basis.

f) Résultats de l'analyse comparative

^b

Il ressort de l'analyse comparative ci-dessus que, dans certains cas, il y aurait lieu d'accorder des dommages-intérêts pour perte économique lorsque le demandeur n'a subi aucun préjudice physique et ne s'est pas fié au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*. Les juridictions de droit civil, loin d'exclure une telle indemnisation, exigent qu'elle soit accordée quand le préjudice est direct et certain. Les juridictions de common law sont parties d'une règle stricte excluant la plupart des pertes purement économiques, mais elles se sont trouvées dans une situation où les juges ont, en agissant cas par cas, persisté à accorder des dommages-intérêts pour perte économique en dehors des catégories prévues. Même aux États-Unis, où la crainte d'une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée a dominé le plus, les tribunaux ont dû faire des exceptions dans l'intérêt de la justice. Il reste qu'il se présente des cas, autres que ceux qui sont visés par l'ancienne règle d'exclusion, où il est manifestement juste et équitable de permettre l'indemnisation de la perte économique. Dans de tels cas, les tribunaux s'efforceront d'accorder un dédommagement, pourvu qu'ils soient convaincus que l'affaire n'ouvrira pas la porte à une pléthore de réclamations où le demandeur ne mérite pas d'être indemnisé. Ils refuseront d'accepter une injustice simplement au nom du respect de l'ordre doctrinal qui a motivé l'arrêt *Murphy*. C'est dans la meilleure tradition du droit relatif à la négligence, dont l'historique révèle un refus catégorique d'être limité par des formules et des règles arbitraires là où la justice commande le contraire. C'est la tradition à laquelle notre Cour s'est ralliée en affirmant, dans l'arrêt *Kamloops*, que l'on devrait chercher à concevoir non pas une règle universelle mais des catégories où l'indemnisation de la perte économique est justifiable sur une base individuelle.

^c

^d

^e

^f

^g

^h

ⁱ

^j

If a comparative review suggests that economic loss should be recoverable in circumstances not covered by the traditional exclusionary rule, it also suggests that the need for some limit on such recovery is universally recognized. To permit all economic loss related to a negligent act to be recovered would be to subject potential defendants to liability which is not only unfair, but which may cripple their ability to do business.

The search then must be for a legal formulation which will permit recovery of economic loss in appropriate cases, while excluding frivolous and remote claims. The comparative jurisprudence indicates that this may be accomplished in different ways. In the civil law, a direct connection test appears to provide appropriate limits. At common law, two approaches present themselves: the "exhaustive rule" solution typified by *Murphy* and the incremental approach adopted in *Kamloops*. I turn next to a consideration of which of these two approaches should prevail.

3. *The Approach which should be Adopted to Recovery of Pure Economic Loss*

(a) Doctrinal Considerations

Murphy makes an important point. It is not enough that a rule of law be defensible on moral and economic terms. It should, in addition, provide a logical basis upon which individuals can predicate their conduct and courts can decide future cases. The history of the problem in different jurisdictions demonstrates a clear need to allow recovery of economic loss for negligence in some cases where the criteria of physical damage and reliance do not apply. On the other hand, a fair and functional legal system cannot accept that all economic loss related to negligence should be recoverable. Judges seem able to pick out deserving cases when they see them. The difficulty lies in formulating a

S'il ressort d'une analyse comparative que la perte économique devrait donner lieu à indemnisation dans certains cas auxquels ne s'applique pas la règle classique d'exclusion, il en ressort également qu'il est universellement admis qu'il faut imposer une certaine limite à cette indemnisation. Permettre l'indemnisation de toute perte économique liée à un acte négligent reviendrait à soumettre les défendeurs éventuels à une responsabilité qui est non seulement injuste, mais qui peut les empêcher de faire des affaires.

Il faut donc chercher une formule juridique qui permettra l'indemnisation de la perte économique dans des cas appropriés, tout en excluant les réclamations futiles et sans rapport immédiat. Une étude comparative de la jurisprudence indique que cela peut se faire de diverses façons. En droit civil, le critère fondé sur l'existence d'un lien direct semble fournir des limites adéquates. En common law, il y a deux approches: la solution de la «règle exhaustive» représentée par l'arrêt *Murphy* et la méthode progressive adoptée dans l'arrêt *Kamloops*. J'examinerai maintenant laquelle de ces deux approches devrait l'emporter.

3. *L'approche qui devrait être adoptée pour indemniser la perte purement économique*

a) Considérations doctrinales

L'arrêt *Murphy* souligne un point important. Il ne suffit pas qu'une règle de droit soit défendable sur les plans moral et économique. Elle devrait, en outre, fournir un principe logique sur lequel les individus pourraient fonder leur conduite et à partir duquel les tribunaux pourraient trancher les affaires à venir. L'historique du problème dans divers ressorts démontre qu'il faut manifestement permettre l'indemnisation de la perte économique découlant d'une négligence dans certains cas où les critères du préjudice physique et de la confiance ne s'appliquent pas. Par contre, dans un système juridique juste et fonctionnel, on ne saurait accepter que toute perte économique liée à une négligence devrait donner lieu à indemnisation. Les juges semblent en mesure de discerner, lorsqu'ils les voient, les cas où le demandeur mérite d'être indemnisé. La difficulté réside dans la for-

rule which explains why judges allow recovery of economic loss in some cases and not in others.

Such difficulties are not new to the common law. It was the great insight of Justice Oliver Wendell Holmes that the common law resides most fundamentally not in a set of *a priori* principles but in the decisions of the courts. The task of doctrine is to identify the factors which unite the different applications with a view to formulating emergent principles, recognizing that absolute logical formulations may not in all cases be possible or practical.

The decisions of the House of Lords in *Murphy* and of this Court in *Kamloops* illustrate two different approaches to the problem of defining the legal parameters of common law rules. The House of Lords in *Murphy* appears to have taken the view that what is required is a rule which deals with the problem in an exhaustive and definitive way. The criterion of physical damage to the plaintiff's person and property, supplemented by the exception of reliance, provides such a rule. The approach of *Anns*, in rejecting arbitrary categories and considering new cases on a policy basis as they arise, does not provide such a rule. Therefore *Anns* was rejected and the narrow but precise physical damage-reliance rule reinstated.

The approach adopted by this Court in *Kamloops* is quite different. No attempt was made to formulate an all-inclusive rule governing when damages in negligence for pure economic loss can be recovered. The Court began from the proposition that recovery of pure economic loss was available in some but not all cases. This much had been established in *Rivtow*. But it went on to state that the case before it was not like *Rivtow*. It then embarked on a consideration of whether in the category of cases before it (negligence by public authorities causing financial loss to third parties) recovery should be allowed. On the one hand, the Court, *per Wilson J.*, determined that the circumstances imposed a duty of care on the defendants

mulation d'une règle qui explique pourquoi les juges permettent l'indemnisation de la perte économique dans certains cas et non dans d'autres.

Pareilles difficultés ne sont pas nouvelles en common law. C'était la conviction profonde du juge Oliver Wendell Holmes que la common law réside le plus essentiellement non pas dans un ensemble de principes rationnels mais dans les décisions des tribunaux. La doctrine a pour tâche d'identifier les facteurs qui unissent les différentes applications en vue de formuler les principes qui en émergent, tout en reconnaissant que les formulations logiques absolues ne sont peut-être pas possibles ou pratiques dans tous les cas.

Les arrêts *Murphy* de la Chambre des lords et *Kamloops* de notre Cour illustrent deux façons différentes d'aborder le problème de la définition des paramètres juridiques des règles de common law. Dans l'arrêt *Murphy*, la Chambre des lords semble avoir adopté le point de vue selon lequel il faut une règle qui traite le problème de façon exhaustive et définitive. Le critère du préjudice physique causé à la personne et aux biens du demandeur, complété par l'exception de la confiance, fournit une telle règle. L'approche adoptée dans l'affaire *Anns*, consistant à rejeter les catégories arbitraires et à examiner, en général, les nouveaux cas au fur et à mesure qu'ils se présentent, ne fournit pas une telle règle. L'arrêt *Anns* a donc été rejeté et on est revenu à la règle stricte mais précise du préjudice physique et de la confiance.

L'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops* est tout à fait différente. La Cour n'a pas tenté de formuler une règle exhaustive prévoyant dans quels cas on pourrait obtenir des dommages-intérêts pour la perte purement économique découlant d'une négligence. Elle est partie du principe selon lequel l'indemnisation de la perte purement économique n'est possible que dans certains cas seulement. L'arrêt *Rivtow* avait tout au moins établi cela. Mais elle en est venue à dire que l'affaire dont elle était saisie différait de l'affaire *Rivtow*. Elle a alors entrepris d'examiner si, dans la catégorie d'affaires dont elle était saisie (négligence de la part d'autorités publiques causant un préjudice financier à des tiers), l'indemnisation devrait être

toward the plaintiff and that allowing recovery would accomplish "a number of worthy objectives". On the other, the Court satisfied itself that allowing recovery in this case would not open the floodgates of indeterminate liability. Accordingly, recovery was allowed. The approach of the Court in *Kamloops* is summarized by Irvine "Case Comment: *Kamloops v. Nielsen*" (1984), 29 C.C.L.T. 185, at p. 190, as follows:

In its identification of the bête noire of indeterminate liability; in its apparent rejection of any wild-goose chase for a universal formula of admission or exclusion of economic loss claims; in its readiness to look, case by case, for factors which inherently serve to negate the prospect of an avalanche of liability; this judgment seems to be in the mainstream of constructive modern thinking on the issue. . .

It is my view that the incremental approach of *Kamloops* is to be preferred to the insistence on logical precision of *Murphy*. It is more consistent with the incremental character of the common law. It permits relief to be granted in new situations where it is merited. Finally, it is sensitive to danger of unlimited liability.

But where, one may ask, are future courts to find guidance? The answer is that as the courts recognize new categories of cases where economic recovery is available, rules will emerge. This is what happened in the case of *Hedley Byrne*. Up to that time, it was accepted that there could be no recovery for negligent misstatement causing economic loss. The court held that there could be, and formulated conditions (reliance) which would limit claims and avoid the spectre of open floodgates. This decision was transmuted to a rule of general

permise. D'une part, la Cour, par l'entremise du juge Wilson, a décidé que les circonstances imposaient aux défendeurs une obligation de diligence envers le demandeur et que permettre l'indemnisation répondrait à «un certain nombre d'objectifs valables». D'autre part, la Cour était convaincue que permettre l'indemnisation, dans cette affaire, n'aurait pas pour effet de déclencher une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité indéterminée. L'indemnisation a donc été permise. L'approche de la Cour dans l'arrêt *Kamloops* est résumée ainsi par Irvine dans «Case Comment: *Kamloops v. Nielsen*» (1984), 29 C.C.L.T. 185, à la p. 190:

[TRADUCTION] Dans son identification de la bête noire qu'est la responsabilité indéterminée, dans son rejet apparent de toute recherche inutile d'une formule universelle d'admission ou d'exclusion des actions pour perte économique, dans son empressement à chercher, dans chaque cas, des facteurs qui servent en soi à nier la perspective d'une avalanche d'actions en responsabilité, ce jugement semble se situer dans le courant dominant de la pensée moderne constructive sur la question . . .

J'estime qu'il faut préférer la méthode progressive de l'arrêt *Kamloops* à l'insistance sur la précision logique de l'arrêt *Murphy*. Elle est plus compatible avec la nature progressive de la common law. Cette méthode permet d'accorder une réparation dans des situations nouvelles où elle est méritée. Enfin, elle est sensible au danger de la responsabilité illimitée.

Mais de quoi, peut-on se demander, les tribunaux s'inspireront-ils à l'avenir? La réponse est la suivante: des règles émergeront au fur et à mesure que les tribunaux reconnaîtront de nouvelles catégories d'affaires où l'indemnisation de la perte économique est possible. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Hedley Byrne*. Jusque-là, il était admis qu'il ne pouvait pas y avoir d'indemnisation d'une perte économique résultant d'un renseignement inexact fourni par négligence. Le tribunal a jugé qu'il pouvait y avoir indemnisation et a énoncé des conditions (confiance) qui limiteraient les actions et permettraient d'éviter le spectre de l'avalanche de poursuites. Cette décision s'est transformée en une règle d'application générale

application which has functioned without difficulty and to the betterment of justice ever since.

Other categories of exceptions have been established in Canada: economic loss is recoverable in the absence of physical damage where there is a duty to warn (*Rivtow*), and where a duty lies on public officials to pursue their statutory duty (*Kamloops*). It is not suggested that either has led to difficulty of application. In the United States, it is recognized that pure economic loss can be recovered in certain 'joint venture' situations and in the case of environmental damage adversely affecting one's livelihood. Again, these extensions are arguably capable of application without undue difficulty.

If this approach is followed, as it has been to date in Canada, new categories of cases will from time to time arise. It will not be certain whether economic loss can be recovered in these categories until the courts have pronounced on them. During this period, the law in a small area of negligence may be uncertain. Such uncertainty however is inherent in the common law generally. It is the price the common law pays for flexibility, for the ability to adapt to a changing world. If past experience serves, it is a price we should willingly pay, provided the limits of uncertainty are kept within reasonable bounds.

The foregoing suggests that the incremental approach to the problem of determining the limits for the recovery of pure economic loss which was adopted by this Court in *Kamloops* should be confirmed. Where new categories of claim arise, the court should consider the matter first from the doctrinal point of view of duty and proximity, as well as the pragmatic perspective of the purposes served and the dangers associated with the extension sought.

The doctrinal inquiry introduces considerations which the cases have traditionally treated under the

qui a fonctionné sans difficulté et a permis d'améliorer l'administration de la justice depuis lors.

D'autres catégories d'exceptions ont été établies au Canada: la perte économique peut donner lieu à indemnisation en l'absence de préjudice physique lorsqu'il y a une obligation d'avertir (*Rivtow*) et que des fonctionnaires doivent remplir des fonctions prévues par la loi (*Kamloops*). Je n'insinue pas que l'un ou l'autre arrêt a mené à des difficultés d'application. Aux États-Unis, il est reconnu que la perte purement économique peut donner lieu à indemnisation dans certains cas d'«entreprise commune» et dans le cas de dommages à l'environnement qui nuisent aux moyens d'existence de quelqu'un. Encore une fois, on pourrait dire que ces extensions de l'indemnisation peuvent s'appliquer sans trop de difficultés.

Si cette approche est suivie, comme elle l'a été jusqu'à maintenant au Canada, de nouvelles catégories d'affaires prendront naissance à l'occasion. Il ne sera pas sûr que la perte économique peut donner lieu à indemnisation dans ces catégories tant que les tribunaux ne se seront pas prononcés à leur sujet. Pendant ce temps, le droit sera peut-être incertain dans un domaine restreint de la négligence. Une telle incertitude est toutefois inhérente à la common law en général. C'est le prix que doit payer la common law pour sa souplesse, pour sa capacité de s'adapter à un monde en évolution. Si l'expérience passée est utile, c'est un prix que nous devrions payer volontiers, pourvu que les limites de l'incertitude demeurent raisonnables.

Il ressort de ce qui précède qu'il y a lieu de confirmer la façon progressive d'aborder le problème de la détermination des limites de l'indemnisation de la perte purement économique, que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Kamloops*. Lorsque prennent naissance de nouvelles catégories d'actions, le tribunal devrait examiner la question d'abord du point de vue doctrinal de l'obligation et du lien étroit, ainsi que du point de vue pratique des objets poursuivis et des dangers liés à l'extension de l'indemnisation recherchée.

L'examen de la doctrine soulève des considérations que la jurisprudence a abordées traditionnel-

concept of proximity. Proximity may be usefully viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors. Deane J. in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, at pp. 55-56, in a passage cited by MacGuigan J.A., in the judgment below at p. 165, describes proximity as follows:

The requirement of proximity is directed to the relationship between the parties in so far as it is relevant to the allegedly negligent act or omission of the defendant and the loss or injury sustained by the plaintiff. It involves the notion of nearness or closeness and embraces physical proximity (in the sense of space and time) between the person or property of the plaintiff and the person or property of the defendant, circumstantial proximity such as an overriding relationship of employer and employee or of a professional man and his client and what may (perhaps loosely) be referred to as causal proximity in the sense of the closeness or directness of the causal connection or relationship between the particular act or course of conduct and the loss or injury sustained. It may reflect an assumption by one party of a responsibility to take care to avoid or prevent injury, loss or damage to the person or property of another or reliance by one party upon such care being taken by the other in circumstances where the other party knew or ought to have known of that reliance. Both the identity and the relative importance of the factors which are determinative of an issue of proximity are likely to vary in different categories of case. That does not mean that there is scope for decision by reference to idiosyncratic notions of justice or morality or that it is a proper approach to treat the requirement of proximity as a question of fact to be resolved merely by reference to the relationship between the plaintiff and the defendant in the particular circumstances. The requirement of a relationship of proximity serves as a touchstone and control of the *categories* of case in which the common law will adjudge that a duty of care is owed. Given the general circumstances of a case in a new or developing area of the law of negligence, the question what (if any) combination or combinations of factors will satisfy the requirement of proximity is a question of law to be resolved by the processes of legal reasoning, induction and deduction. On the other hand, the identification of the content of that requirement in such an area should not be either ostensibly or actually

lement sous la notion du lien étroit. Le lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d'affaires comportant différents facteurs. Dans l'arrêt *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1, aux pp. 55 et 56, le juge Deane décrit ainsi le lien étroit dans un passage cité par le juge MacGuigan à la p. 165 de l'arrêt de la cour d'appel:

[TRADUCTION] L'existence nécessaire d'un lien étroit concerne le rapport entre les parties dans la mesure où il a trait à l'acte ou à l'omission prétendument négligente du défendeur et au préjudice ou au dommage subi par le demandeur. Elle implique la notion d'étroitesse du lien et comprend la proximité physique (dans l'espace et le temps) entre la personne ou les biens du demandeur et la personne ou les biens du défendeur, un lien étroit circonstanciel comme des rapports prépondérants entre employeur et employé ou entre un professionnel et son client et ce qui peut (peut-être pas strictement) être mentionné comme un lien étroit de causalité au sens d'étroitesse de la relation de cause à effet entre l'acte ou le comportement particulier et le préjudice ou dommage subi. Cela peut refléter une assumption par l'une des parties de la responsabilité de prendre soin d'éviter ou de prévenir le dommage ou le préjudice à la personne ou aux biens d'une autre ou la croyance de l'une des parties qu'une telle prudence sera montrée par l'autre dans des cas où l'autre partie était ou aurait dû être au courant de cette croyance. La nature et l'importance relative des facteurs qui sont déterminants pour une question de lien étroit sont susceptibles de varier dans les diverses catégories d'affaires. Cela ne veut pas dire qu'on peut trancher la question en se reportant aux notions particulières de justice ou de morale ou que c'est une façon appropriée de traiter la nécessité d'un lien étroit comme une question de fait qui se résoudrait simplement en se reportant au rapport existant entre le demandeur et le défendeur dans les circonstances particulières. L'existence nécessaire d'un lien étroit sert de pierre de touche pour reconnaître les *catégories* d'affaires dans lesquelles la common law statuera qu'une partie bénéficiera d'une obligation de prudence. Étant donné les circonstances générales d'une affaire dans un domaine nouveau ou en pleine évolution du droit relatif à la négligence, la question de savoir si une ou des combinaisons de facteurs, le cas échéant, satisferont à la nécessité de l'existence d'un lien étroit est une question de droit qui doit être tranchée en recourant aux processus de raisonnement, d'induc-

divorced from notions of what is "fair and reasonable"
...

The matter may be put thus: before the law will impose liability there must be a connection between the defendant's conduct and plaintiff's loss which makes it just for the defendant to indemnify the plaintiff. In contract, the contractual relationship provides this link. In trust, it is the fiduciary obligation which establishes the necessary connection. In tort, the equivalent notion is proximity. Proximity may consist of various forms of closeness—physical, circumstantial, causal or assumed—which serve to identify the categories of cases in which liability lies.

Viewed thus, the concept of proximity may be seen as an umbrella, covering a number of disparate circumstances in which the relationship between the parties is so close that it is just and reasonable to permit recovery in tort. The complexity and diversity of the circumstances in which tort liability may arise defy identification of a single criterion capable of serving as the universal hallmark of liability. The meaning of "proximity" is to be found rather in viewing the circumstances in which it has been found to exist and determining whether the case at issue is similar enough to justify a similar finding.

In summary, it is my view that the authorities suggest that pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Proximity is the controlling concept which avoids the spectre of unlimited liability. Proximity may be established by a variety of factors, depending on the nature of the case. To date, sufficient proximity has been found in the case of negligent misstatements where there is an undertaking and correlative reliance (*Hedley Byrne*); where there is a duty to warn (*Rivtow*); and where a statute imposes a responsi-

tion et de déduction sur le plan juridique. Par ailleurs, l'identification du contenu de cette nécessité dans un tel domaine ne doit pas être séparée en apparence ou effectivement des notions de ce qui est «juste et raisonnable»

a ...

On peut formuler le problème ainsi: avant que le droit n'impose une responsabilité, il doit exister un lien entre le comportement du défendeur et la perte subie par le demandeur qui fait qu'il est juste que le défendeur indemnise le demandeur. En matière contractuelle, il y a le lien contractuel. En matière fiduciaire, c'est l'obligation fiduciaire qui établit le lien nécessaire. En matière délictuelle, la notion équivalente est le lien étroit. Le lien étroit peut revêtir diverses formes—qu'il s'agisse de proximité physique, circonstancielle, causale ou présumée—qui servent à identifier les catégories d'affaires dans lesquelles il existe une responsabilité.

Sous cet angle, la notion du lien étroit peut être considérée comme une expression générale qui vise un certain nombre de circonstances disparates dans lesquelles le rapport existant entre les parties est si étroit qu'il est juste et raisonnable de permettre l'indemnisation en matière délictuelle. La complexité et la diversité des circonstances dans lesquelles la responsabilité délictuelle peut prendre naissance ne permettent pas d'identifier un critère unique qui puisse servir de marque universelle de la responsabilité. On trouvera le sens de «lien étroit» en examinant plutôt les circonstances dans lesquelles on a conclu à son existence et en déterminant si l'affaire en cause est semblable au point de justifier une conclusion similaire.

En résumé, je suis d'avis que la jurisprudence laisse entendre que la perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Le lien étroit est la notion déterminante qui permet d'éviter le spectre de la responsabilité illimitée. On peut établir l'existence d'un lien étroit au moyen de toute une gamme de facteurs, selon la nature de l'affaire. Jusqu'à maintenant, on a conclu à l'existence d'un lien suffisamment étroit dans le cas de renseignements inexacts fournis par négligence où il y a

bility on a municipality toward the owners and occupiers of land (*Kamloops*). But the categories are not closed. As more cases are decided, we can expect further definition on what factors give rise to liability for pure economic loss in particular categories of cases. In determining whether liability should be extended to a new situation, courts will have regard to the factors traditionally relevant to proximity such as the relationship between the parties, physical propinquity, assumed or imposed obligations and close causal connection. And they will insist on sufficient special factors to avoid the imposition of indeterminate and unreasonable liability. The result will be a principled, yet flexible, approach to tort liability for pure economic loss. It will allow recovery where recovery is justified, while excluding indeterminate and inappropriate liability, and it will permit the coherent development of the law in accordance with the approach initiated in England by *Hedley Byrne* and followed in Canada in *Rivtow*, *Kamloops* and *Hofstrand*.

I add the following observations on proximity. The absolute exclusionary rule adopted in *Stockton* and affirmed in *Murphy* (subject to *Hedley Byrne*) can itself be seen as an indicator of proximity. Where there is physical injury or damage, one posits proximity on the ground that if one is close enough to someone or something to do physical damage to it, one is close enough to be held legally responsible for the consequences. Physical injury has the advantage of being a clear and simple indicator of proximity. The problem arises when it is taken as the only indicator of proximity. As the cases amply demonstrate, the necessary proximity to found legal liability fairly in tort may well arise

promesse et confiance corrélative (*Hedley Byrne*), où il y a une obligation d'avertir (*Rivtow*) et où une loi impose à une municipalité une responsabilité envers les propriétaires et les occupants d'un bien-fonds (*Kamloops*). Mais ces catégories ne sont pas limitatives. Comme davantage d'affaires sont jugées, nous pouvons nous attendre à une autre définition des facteurs qui engendrent la responsabilité pour perte purement économique dans des catégories particulières d'affaires. Pour déterminer s'il faudrait étendre la responsabilité à une nouvelle situation, les tribunaux tiendront compte des facteurs qui se rapportent traditionnellement à l'existence d'un lien étroit comme le rapport qui existe entre les parties, la proximité physique, les obligations présumées ou imposées et le lien étroit de causalité. Et ils insisteront sur des facteurs spéciaux suffisants pour éviter l'imposition d'une responsabilité indéterminée et déraisonnable. Il en résultera une façon fondée sur des principes et, en même temps, souple d'aborder la responsabilité délictuelle pour la perte purement économique. Cette façon de procéder permettra l'indemnisation lorsque celle-ci est justifiée, tout en excluant la responsabilité indéterminée et inopportune, et elle permettra également l'évolution cohérente du droit en conformité avec l'approche amorcée en Angleterre par l'arrêt *Hedley Byrne* et suivie au Canada dans les arrêts *Rivtow*, *Kamloops* et *Hofstrand*.

J'ajoute les observations suivantes au sujet du lien étroit. La règle d'exclusion absolue adoptée dans l'arrêt *Stockton* et confirmée dans l'arrêt *Murphy* (sous réserve de l'arrêt *Hedley Byrne*) peut elle-même être considérée comme un signe de l'existence d'un lien étroit. Lorsqu'il y a lésion corporelle ou dommage matériel, on pose en principe l'existence d'un lien étroit pour le motif que, si on est assez près de quelqu'un ou de quelque chose pour lui causer une lésion corporelle ou un dommage matériel, on est assez proche pour être considéré comme légalement responsable des conséquences qui s'ensuivent. La lésion corporelle a l'avantage d'être un signe clair et simple de l'existence d'un lien étroit. Le problème se pose lorsqu'elle est considérée comme le seul signe de l'existence d'un lien étroit. Comme la jurispru-

in circumstances where there is no physical damage.

Viewed in this way, proximity may be seen as paralleling the requirement in civil law that damages be direct and certain. Proximity, like the requirement of directness, posits a close link between the negligent act and the resultant loss. Distant losses which arise from collateral relationships do not qualify for recovery.

In many of the cases discussed above, the judiciary has focused upon the relationship between the tortfeasor and the plaintiff as an indication of proximity, a focus closely related to the foreseeability analysis inherent to all negligence actions. In the classic case of *Hedley Byrne*, the reliance analysis focuses upon the connection between the party who made the negligent misstatement and the injured party, i.e., is that plaintiff a party that the tortfeasor ought reasonably to have foreseen would rely on his or her statement? The judgments below focused on the relationship between the tortfeasor Norsk and the plaintiff CN both within and outside their discussion of proximity. A more comprehensive, and I submit objective, consideration of proximity requires that the court review all of the factors connecting the negligent act with the loss; this includes not only the relationship between the parties but all forms of proximity—physical, circumstantial, causal or assumed indicators of closeness. While it is impossible to define comprehensively what will satisfy the requirements of proximity or directness, precision may be found as types of relationships or situations are defined in which the necessary closeness between negligence and loss exists.

While proximity is critical to establishing the right to recover pure economic loss in tort, it does not always indicate liability. It is a necessary but

dence le démontre amplement, le lien étroit nécessaire pour établir équitablement une responsabilité légale en matière délictuelle peut bien prendre naissance dans des circonstances où il n'y a aucun préjudice physique.

Considérée sous cet angle, l'existence d'un lien étroit peut être considérée comme équivalant à l'exigence en droit civil que les dommages soient directs et certains. L'existence d'un lien étroit, comme l'exigence de caractère direct, pose en principe l'existence d'un rapport étroit entre l'acte négligent et la perte en résultant. Les pertes éloignées qui découlent de rapports connexes ne sauraient donner lieu à indemnisation.

Dans nombre d'affaires examinées plus haut, les juges ont mis l'accent sur le rapport entre l'auteur du délit et le demandeur comme signe de l'existence d'un lien étroit, ce qui se rapproche beaucoup de l'analyse de la prévisibilité inhérente à toutes les actions pour négligence. Dans l'affaire classique *Hedley Byrne*, l'analyse de la confiance était axée sur le lien entre la partie qui avait fourni le renseignement inexact par négligence et la partie lésée, c'est-à-dire ce demandeur est-il une partie dont l'auteur du délit aurait dû raisonnablement prévoir qu'elle se fierait à sa déclaration? Les jugements des tribunaux d'instance inférieure ont insisté sur le rapport qui existe entre l'auteur du délit Norsk et le demandeur le CN tant dans le cadre qu'en dehors de leur examen de l'existence d'un lien étroit. L'analyse plus complète et, selon moi, objective du lien étroit exige du tribunal qu'il examine tous les facteurs liant l'acte négligent à la perte; cela inclut non seulement le rapport qui existe entre les parties mais encore toutes les formes de lien étroit—des signes physiques, circonstanciels, causals ou présumés de proximité. Bien qu'il ne soit pas possible de définir en détail ce qui satisfera aux conditions de l'existence d'un lien étroit ou direct, on peut trouver des précisions car des types de rapports ou de situations sont définis où existe le degré de proximité nécessaire entre la négligence et la perte.

Bien que l'existence d'un lien étroit soit essentielle pour établir le droit à l'indemnisation de la perte purement économique en matière délictuelle,

not necessarily sufficient condition of liability. Recognizing that proximity is itself concerned with policy, the approach adopted in *Kamloops* (paralleled by the second branch of *Anns*) requires the Court to consider the purposes served by permitting recovery as well as whether there are any residual policy considerations which call for a limitation on liability. This permits courts to reject liability for pure economic loss where indicated by policy reasons not taken into account in the proximity analysis.

I conclude that, from a doctrinal point of view, this Court should continue on the course charted in *Kamloops* rather than reverting to the narrow exclusionary rule as the House of Lords did in *Murphy*.

(b) Pragmatic Considerations

Are there practical reasons why the recovery of economic loss should be confined to cases where the plaintiff has sustained physical damage or injury or relied on a negligent misrepresentation? Will extension of recovery of economic loss to other situations open the floodgates of liability, prove so uncertain as to be unworkable, or have an adverse economic impact? Such questions are difficult to answer, but some assistance may be gained from looking at what has happened where the rule has been broadened and from examining the merits of the economic arguments urged in support of restricting recovery.

(1) *The Comparative Evidence*

The comparative historical perspective provides little support for the need for a rule which confines recovery of economic loss to cases where the plaintiff has suffered physical loss or has relied on a negligent misstatement. The civil law in Canada and abroad appears to function adequately without

elle n'indique pas toujours qu'il y a responsabilité. C'est une condition nécessaire mais pas nécessairement suffisante de la responsabilité. Tout en reconnaissant que l'existence d'un lien étroit est elle-même une question de principe, l'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops* (qui correspond au deuxième volet de l'arrêt *Anns*) exige que la Cour se demande quelles fins seraient servies si on permettait l'indemnisation et s'il y a d'autres considérations de principe qui exigent une limitation de la responsabilité. Cela permet aux tribunaux de rejeter la responsabilité pour perte purement économique lorsqu'il y a lieu de le faire pour des raisons de principe dont il n'a pas été tenu compte dans l'analyse du lien étroit.

Je conclus que, du point de vue doctrinal, notre Cour devrait continuer dans la direction fixée dans l'arrêt *Kamloops* plutôt que de revenir à la règle stricte d'exclusion comme l'a fait la Chambre des lords dans l'arrêt *Murphy*.

b) Considérations pratiques

Y a-t-il des raisons pratiques pour lesquelles l'indemnisation de la perte économique devrait se limiter aux cas où le demandeur a subi un dommage matériel ou une lésion corporelle ou s'est fié à une déclaration inexacte faite par négligence? L'extension de l'indemnisation de la perte économique à d'autres situations entraînera-t-elle une avalanche d'actions en responsabilité, se révélera-t-elle incertaine au point de ne pas être réalisable ou aura-t-elle des répercussions économiques néfastes? Il est difficile de répondre à ces questions, mais il peut être utile de regarder ce qui s'est produit là où la règle a été élargie et d'examiner le bien-fondé des arguments économiques avancés à l'appui de la limitation de l'indemnisation.

(1) *La preuve découlant de l'analyse comparative*

La perspective historique comparée apporte peu d'appui à la nécessité d'avoir une règle qui limite l'indemnisation de la perte économique aux cas où le demandeur a subi un préjudice physique ou s'est fié à un renseignement inexact fourni par négligence. Le droit civil au Canada et à l'étranger

recourse to such a rule. In the common law jurisdictions of Canada, where the availability of damages for pure economic loss has been accepted for a decade and a half, the twin spectres of unlimited recovery and unworkable uncertainty have not materialized. And to the extent that recovery for pure economic loss has been allowed in the United States, it seems not to have provoked adverse consequences but rather to have satisfied the public demand for justice so essential to maintaining the vitality of the law of negligence.

(2) *Economic Theory*

The arguments advanced under this head proceed from the premise that a certain type of loss should not be seen in terms of fault but seen rather as the more or less inevitable by-product of desirable but inherently dangerous (or 'risky') activity. Viewing the activity thus, it is argued that it may well be just to distribute its costs among all who benefit from that activity, and conversely unfair to impose it upon individuals who (assuming human error to be the inevitable by-product of human activity) are viewed as the "faultless" instruments causing the loss. This basis for administering losses has been variously described as "collectivisation of losses" or "loss distribution": see Fleming, *The Law of Torts, supra*, at pp. 8-9. It arguably amounts to a rejection or diminution of the concept of personal fault on which our law of tort (and the civil law of delict) is based.

Three arguments are put forward: (1) the insurance argument; (2) the loss spreading argument; and (3) the "contractual allocation of risk" argument. None of them, in my view, establishes that the extension of recovery granted by the courts in this case is unfair or inefficient.

semble bien fonctionner sans qu'on recoure à une règle de ce genre. Dans les juridictions de common law au Canada, où la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour la perte purement économique a été acceptée durant une décennie et demie, les deux spectres de l'indemnisation illimitée et du caractère irréalisable découlant de l'incertitude ne se sont pas concrétisés. Et dans la mesure où l'indemnisation de la perte purement économique a été permise aux États-Unis, elle semble non pas avoir entraîné des conséquences néfastes, mais plutôt avoir répondu à la demande, de la part du public, d'une justice si essentielle au maintien de la vitalité du droit relatif à la négligence.

(2) *Théorie économique*

Les arguments avancés sous cette rubrique partent de la prémisse qu'un certain genre de perte devrait être considéré non pas sous l'angle de la faute, mais plutôt comme la conséquence plus ou moins inévitable d'une activité souhaitable mais dangereuse (ou «risquée») en soi. On soutient que, si l'on envisage cette activité ainsi, il peut bien être juste de répartir ses coûts entre tous ceux qui en bénéficient et inversement injuste de l'imposer aux individus qui (en admettant que l'erreur humaine soit une conséquence inévitable de l'activité humaine) sont considérés comme les instruments «irréprochables» qui causent cette perte. Cette façon de gérer les pertes a été qualifiée différemment de [TRADUCTION] «collectivisation des pertes» ou de «répartition des pertes»: voir Fleming, dans *The Law of Torts, op. cit.*, aux pp. 8 et 9. On pourrait soutenir que cela équivaut à un rejet ou à un adoucissement de la notion de la faute personnelle sur laquelle est fondé notre droit relatif à la négligence (ainsi que le droit civil en matière délictuelle).

Trois arguments sont avancés: (1) l'argument de l'assurance, (2) l'argument de la répartition des pertes, et (3) l'argument de la «répartition contractuelle du risque». À mon avis, aucun d'eux n'établit que l'extension de l'indemnisation accordée par les tribunaux en l'espèce est injuste ou inefficace.

The insurance argument says that the plaintiff is in a better position to predict economic loss consequent on an accident, and hence better able to obtain cheap insurance against the contingency. From a macro-economic point of view, this will result in an overall saving. The argument, however, depends on a number of questionable assumptions. As Bishop, "Economic Loss in Tort" (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1, at p. 2, puts it:

It is said that the victim, even when he sustains large losses, is the least cost insurer where financial loss is concerned. This argument must overcome two difficulties. First, the common law restriction of financial loss recovery reduces incentives to tortfeasors to take care. For example it is cheaper for a builder to dig without checking for the presence of gas mains or electricity cables. Such reduced care will, in the long run, result in more accidents. So, if the insurance argument is to be sustained, the victim must be not only the better insurer, but better by some margin so great that it justifies the losses from more frequent and more severe injury. Second, it seems doubtful that either victim or tortfeasor could in fact insure at reasonable cost in the insurance markets of the real world. There does exist 'key man' or business interruption insurance, but no general insurance against lost profit — a type of insurance that would suffer from extreme moral hazard problems. The price of market insurance will always include some cost for administration. Most firms will find the price too high to justify purchase. Usually the only insurance available will be self-insurance. Why should we assume that victims do that better than tortfeasors?

The loss spreading justification asserts that it is better for the economic well-being of society to spread the risk among many parties rather than place it on the shoulders of the tortfeasor. Again, this argument is based on questionable assumptions. To quote Bishop, *supra*, at p. 2, once more:

[This argument] is a variant of the insurance argument. The tortfeasor, for example a small construction firm, easily could be bankrupted by the claims, for example those arising from interrupted power supply. In such

Selon l'argument de l'assurance, le demandeur est mieux placé pour prédire la perte économique consécutive à un accident et, de ce fait, plus en mesure de s'assurer à bon marché contre cette éventualité. Du point de vue macro-économique, il en résultera une économie globale. L'argument repose toutefois sur un certain nombre d'hypothèses contestables. Comme le dit Bishop dans «Economic Loss in Tort» (1982), 2 *Oxf. J. Legal Studies* 1, à la p. 2:

[TRADUCTION] On dit que la victime, même lorsqu'elle subit d'importantes pertes, est en mesure de s'assurer à meilleur marché lorsqu'il s'agit de pertes financières. Cet argument se heurte à deux difficultés. En premier lieu, la restriction qu'impose la common law en matière d'indemnisation de la perte financière réduit l'incitation des auteurs de délits à faire preuve de diligence. Par exemple, il coûte moins cher à un constructeur de creuser sans vérifier préalablement la présence de conduites de gaz ou de câbles électriques. À long terme, cette diligence moindre fera augmenter le nombre d'accidents. Donc, si l'argument de l'assurance doit être maintenu, la victime doit non seulement être en mesure de s'assurer à meilleur marché, mais elle doit l'être par une marge si grande qu'elle justifie la multiplication des préjudices et leur aggravation. En second lieu, il semble douteux que la victime ou l'auteur du délit puisse, en fait, s'assurer à un prix raisonnable sur les marchés réels de l'assurance. Il existe bien une assurance société ou contre les pertes d'exploitation, mais il n'existe aucune assurance générale contre la perte de profit — un type d'assurance qui subirait le contre-coup des problèmes de risques moraux extrêmes. Le prix du marché de l'assurance inclura toujours certains frais d'administration. La plupart des entreprises jugeront le prix trop élevé pour en justifier l'achat. Habituellement, la seule assurance possible sera l'autoassurance. Pourquoi devrions-nous présumer que les victimes le font mieux que les auteurs de délits?

Suivant la justification fondée sur la répartition des pertes, il est préférable pour le bien-être économique de la société de répartir le risque entre un grand nombre de parties plutôt que de le faire assumer par l'auteur du délit. Encore une fois, cet argument se fonde sur des hypothèses contestables. Je cite à nouveau Bishop, *loc. cit.*, à la p. 2:

[TRADUCTION] [Cet argument] est une variante de l'argument de l'assurance. L'auteur du délit, par exemple une petite entreprise de construction, pourrait facilement être acculé à la faillite par des réclamations comme celles

cases it is said that numerous small losses to victims are to be preferred to one large loss to the tortfeasor. The victims as a class are natural self-insurers of the loss. The tortfeasor would have to engage in expensive market transactions to insure. Perhaps this is so, but there are two points against it. First not only the question of justice or of efficient risk distribution are involved. Where losses are spread by relieving the tortfeasor of liability we can expect more accidents, and so more losses, to occur. Second, some of the victims may sustain large losses not small ones.

In any case, the loss spreading rationale cannot justify the numerous cases where *there is only one victim*. [Emphasis in original.]

A third argument focuses on the ability of persons who stand to suffer economic loss due to the damage to the property of another, to allocate the risk within their contracts effectively with property owners. The law of negligence has no business compensating such persons, it is argued, because it makes better economic sense for them to provide for the possibility of damage to the bridge by negotiating a term that in the event of failure the owner of the bridge would compensate them. The argument, applied to the facts of this case, proceeds as follows: the lessee (CN) would negotiate for indemnification in the event of damage to the bridge; any increase in the lease payments, should they result, would be based on estimates derived from information obtained directly from the parties who will suffer the loss; in the event of damage to the bridge by the negligence of a third party, the lessee (CN) would claim under its contract with the lessor (PWC) for indemnification in the amount negotiated; the lessor could, as the party suffering physical damage, turn around and claim against the tortfeasor (Norsk) for the consequent economic losses including the amount it had to pay out under its contract to the lessee (CN). Such a loss is reasonably foreseeable and falls within the established exception for recovery of economic loss where physical damage is suffered as well. In

résultant d'une panne d'électricité. En pareils cas, dit-on, il est préférable que les victimes subissent une multitude de petites pertes plutôt que de faire supporter une grosse perte à l'auteur du délit. En tant que catégorie, les victimes sont les autoassureurs naturels de la perte. Pour l'auteur du délit, s'assurer représenterait une opération onéreuse. Il en est peut-être ainsi, mais deux points militent contre cet argument. D'abord, il n'est pas seulement question de justice ou de répartition efficace des risques. Lorsqu'on répartit les pertes en dégageant l'auteur du délit de toute responsabilité, on peut s'attendre à une augmentation des accidents et, partant, des pertes. Ensuite, il est possible que les pertes subies par certaines victimes soient non pas mineures, mais majeures.

De toute façon, le raisonnement de la répartition des pertes ne saurait justifier les nombreuses affaires où il n'y a qu'une seule victime. [Italique dans l'original.]

Un troisième argument est axé sur la capacité des personnes qui risquent de subir une perte économique résultant de dommages causés aux biens d'autrui de répartir le risque dans les contrats qu'elles passent effectivement avec les propriétaires des biens. Le droit relatif à la négligence n'a rien à voir avec l'indemnisation de ces personnes, soutient-on, car il est beaucoup plus sensé pour elles, sur le plan économique, de prévoir la possibilité d'endommagement du pont en négociant une condition selon laquelle, advenant un bris, le propriétaire du pont les dédommagera. L'argument, appliqué aux faits de l'espèce, est le suivant: le locataire (CN) négocierait une indemnisation en cas de dommages causés au pont; toute augmentation du loyer, le cas échéant, serait fondée sur les estimations découlant des renseignements obtenus directement des parties qui subiront la perte; en cas de dommages causés au pont par la négligence d'un tiers, le locataire (CN) demanderait en vertu du contrat qu'il a conclu avec le locateur (TPC), une indemnité selon le montant négocié; le locateur pourrait, en tant que partie subissant un préjudice physique, se tourner contre l'auteur du délit (Norsk) et lui demander de l'indemniser des pertes économiques subséquentes qui comportent le montant qu'il a dû payer, en vertu de son contrat, au locataire (CN). Une telle perte est raisonnablement prévisible et est visée par l'exception reconnue qui s'applique à l'indemnisation de la perte économique lorsque survient également un préjudice

this way, relational economic losses are 'channeled' rather than denied.

The proponents of this position argue that judicial affirmation of a rule that recovery of economic loss is confined to cases where the plaintiff has sustained physical damage to its person or property or has relied in the sense of *Hedley Byrne*, will send a clear message to the business community to plan its affairs accordingly. Following this argument, the Court can presume that if CN failed to contract for this indemnification: (a) CN paid less for its lease; (b) CN did not consider the risk of unavailability to be significant enough to negotiate for such indemnification (or, alternatively, to insure itself); or (c) CN did not act reasonably and was itself negligent in organizing its business affairs. As such, the preclusion of CN from recovery is justified.

The "contractual allocation of risk" argument rests on a number of important, but questionable assumptions. First, the argument assumes that all persons or business entities organize their affairs in accordance with the laws of economic efficiency, assigning liability to the "least-cost risk avoider". Second, it assumes that all parties to a transaction share an equality of bargaining power which will result in the effective allocation of risk. It is not considered that certain parties who control the situation (e.g., the owners of an indispensable bridge) may refuse to indemnify against the negligence of those over whom they have no control, or may demand such an exorbitant premium for this indemnification that it would be more cost-effective for the innocent victim to insure itself. Thirdly, it overlooks the historical centrality of personal fault to our concept of negligence or "delict" and the role this may have in curbing negligent conduct and thus limiting the harm done to innocent parties, not all of whom are large enterprises capable of maximizing their economic situation. Given the uncertainty of these premises, it is far from clear that the Court should deny recovery

physique. De cette façon, les pertes économiques relationnelles sont «canalisées» plutôt que refusées.

Les tenants de cette position font valoir que la confirmation par les tribunaux d'une règle selon laquelle l'indemnisation de la perte économique se limite aux cas où le demandeur a subi une lésion corporelle ou un dommage matériel, ou s'est fié au sens de l'arrêt *Hedley Byrne*, indiquera de façon claire aux gens d'affaires qu'ils doivent planifier leurs affaires en conséquence. Selon cet argument, la Cour peut présumer que, si le CN n'a pas prévu par contrat cette indemnisation, a) le CN paie moins cher pour son bail, b) le CN n'a pas jugé que le risque d'impossibilité d'utiliser le pont était suffisamment important pour négocier une telle indemnisation (ou, subsidiairement, pour s'assurer lui-même), ou c) le CN n'a pas agi de façon raisonnable et a été lui-même négligent dans l'organisation de ses affaires. À ce titre, l'exclusion de toute indemnisation du CN est justifiée.

L'argument de la «répartition contractuelle du risque» repose sur un certain nombre d'hypothèses importantes mais contestables. Premièrement, on y présume que toutes les personnes ou entreprises commerciales organisent leurs affaires conformément aux règles de l'efficacité économique, en assignant la responsabilité à «celui qui se soustrait aux risques les moins coûteux». Deuxièmement, on y présume que toutes les parties à une opération partagent un pouvoir de négociation égal qui entraînera la répartition réelle du risque. On ne considère pas que certaines parties qui contrôlent la situation (par exemple, les propriétaires d'un pont indispensable) peuvent refuser l'indemnisation des pertes résultant de la négligence de ceux sur lesquels ils n'exercent aucun contrôle, ou qu'elles peuvent demander une prime tellement exorbitante pour cette indemnisation qu'il serait plus rentable pour la victime innocente de s'assurer elle-même. Troisièmement, cet argument ne tient pas compte du rôle historique central que joue la faute personnelle dans notre notion de négligence ou de «délict», et de l'effet que cela peut avoir dans la répression de la conduite négligente et ainsi dans la limitation du préjudice causé à des

of pure economic loss on the basis of arguments based on allocation of risk.

(3) *Summary of Pragmatic Considerations*

I conclude that it has not been shown that the approach enunciated by this Court in *Kamloops* threatens to open the floodgates of indeterminate liability, leads to undue uncertainty, or causes unfair or inefficient economic allocation of resources. On the contrary, the *Kamloops* approach is arguably sensitive to these concerns. Moreover, should the courts in following this approach extend liability too far, it is open to the legislatures of this country to impose limits. There is no practical reason evident at this stage for the courts to retreat to the inflexibility of a rule that never countenances recovery of economic loss except where the plaintiff has suffered physical damage or injury or has relied on a negligent misrepresentation.

4. *Application to this Case*

The plaintiff CN suffered economic loss as a result of being deprived of its contractual right to use the bridge damaged by the defendants' negligence. Applying the *Kamloops* approach, its right to recover depends on: (1) whether it can establish sufficient proximity or "closeness", and (2) whether extension of recovery to this type of loss is desirable from a practical point of view.

The first question is whether the evidence in this case establishes the proximity necessary to found liability. The case does not fall within any of the categories where proximity and liability have been hitherto found to exist. So we must consider the matter afresh.

parties innocentes qui ne sont pas toutes de grandes entreprises capables de tirer le maximum de leur situation financière. Vu l'incertitude de ces prémisses, il est loin d'être clair que la Cour devrait refuser l'indemnisation de la perte purement économique sur la base d'arguments fondés sur la répartition du risque.

(3) *Résumé des considérations pratiques*

Je conclus qu'il n'a pas été démontré que l'approche énoncée par notre Cour dans l'arrêt *Kamloops* menace d'engendrer une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité indéterminée, qu'elle mène à une trop grande incertitude ou qu'elle entraîne une répartition financière injuste ou inefficace des ressources. Au contraire, on pourrait soutenir que l'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops* tient compte de ces préoccupations. De plus, si, en suivant cette approche, les tribunaux étendaient trop la responsabilité, il serait loisible aux législatures du pays d'imposer des limites. Il n'y a aucune raison pratique et évidente à ce stade-ci pour que les tribunaux reviennent à la rigidité d'une règle qui n'admet jamais l'indemnisation de la perte économique sauf lorsque le demandeur a subi un dommage matériel ou une lésion corporelle ou s'est fié à une déclaration inexacte faite par négligence.

4. *Application à la présente affaire*

Le demandeur le CN a subi une perte économique en étant privé de son droit contractuel d'utiliser le pont endommagé suite à la négligence des défendeurs. Si on applique l'approche adoptée dans l'arrêt *Kamloops*, son droit à l'indemnisation dépend de la question de savoir (1) s'il peut prouver l'existence d'un lien suffisamment étroit et (2) si l'extension de l'indemnisation à ce type de perte est souhaitable du point de vue pratique.

Il s'agit d'abord de savoir si la preuve soumise en l'espèce démontre l'existence du lien étroit nécessaire pour établir la responsabilité. La présente affaire ne tombe dans aucune des catégories où, jusqu'à maintenant, on a conclu à l'existence d'un lien étroit et d'une responsabilité. Nous devons donc examiner de nouveau la question.

A number of factors have been suggested in support of a finding of the necessary proximity. One might fasten on the fact that damaging the bridge raised the danger of physical injury to CN's property. CN's property—its trains—were frequently on the bridge and stood to be damaged by an accident involving the bridge. Whether they were in fact damaged is immaterial to the question of proximity. What is important is that this danger indicates a measure of closeness which has traditionally been held to establish the proximity necessary to found liability in tort for pure economic loss. However, to found the decision on this criterion would be to affirm the minority position of Laskin and Hall JJ. in *Rivtow* that danger of physical loss is sufficient to found liability. I note that the majority's restriction of recovery of economic loss to the duty to warn has been doubted. Wilson J. in *Kamloops* noted that the problem of concurrent liability in contract and tort may have played a major role in the majority decision in *Rivtow*, and (at p. 34) that "as in the case of *Hedley Byrne*, we will have to await the outcome of a developing jurisprudence around that decision also". MacGuigan J.A. below stated at p. 166: "In my observation, courts will always find sufficient proximity where there is physical danger to the plaintiff's property". However it is not necessary to address that issue in this case since other factors clearly indicate the necessary proximity.

In addition to focusing upon the relationship between the appellant Norsk and CN — a significant indicator of proximity in and of itself — the trial judge based his conclusion that there was sufficient proximity on a number of factors related to CN's connection with the property damaged, the bridge, including the fact that CN's property was in close proximity to the bridge, that CN's property could not be enjoyed without the link of the

On a proposé un certain nombre de facteurs pour conclure à l'existence du lien étroit nécessaire. On peut s'attacher au fait que les dommages causés au pont ont engendré le danger de causer un préjudice physique aux biens du CN. Les biens du CN—ses trains—empruntaient souvent le pont et risquaient d'être endommagés par un accident impliquant le pont. Le fait qu'ils aient été endommagés ou non est sans rapport avec la question de l'existence d'un lien étroit. Ce qui importe, c'est que ce danger indique un degré de proximité qui a habituellement été retenu pour établir l'existence du lien étroit nécessaire pour établir la responsabilité délictuelle pour perte purement économique. Cependant, fonder la décision sur ce critère reviendrait à entériner la position minoritaire des juges Laskin et Hall dans l'arrêt *Rivtow*, selon laquelle le danger de préjudice physique est suffisant pour établir la responsabilité. Je souligne que la restriction, par la majorité, de l'indemnisation de la perte économique aux cas où il y avait obligation d'avertir a été mise en doute. Dans l'arrêt *Kamloops*, le juge Wilson a fait observer que le problème de la responsabilité concurrente en matières contractuelle et délictuelle a peut-être joué un rôle important dans l'opinion majoritaire de l'affaire *Rivtow* et (à la p. 34) que, «comme dans l'arrêt *Hedley Byrne*, il nous faudra attendre de voir dans quel sens ira l'évolution de la jurisprudence qui se développe autour de cette décision». Le juge MacGuigan de la Cour d'appel fédérale dit, à la p. 166: «Selon ce que j'ai pu observer, les tribunaux trouveront toujours un lien suffisamment étroit lorsqu'il y a un danger physique à l'égard des biens du demandeur.» Il n'est toutefois pas nécessaire d'aborder cette question en l'espèce vu que d'autres facteurs montrent clairement l'existence du lien étroit nécessaire.

En plus de mettre l'accent sur l'existence d'un rapport entre l'appelante Norsk et le CN, qui constitue en soi un signe important de l'existence d'un lien étroit, le juge de première instance a fondé sa conclusion à l'existence d'un lien suffisamment étroit sur un certain nombre de facteurs liés au rapport existant entre le CN et le bien endommagé, le pont, dont le fait que les biens du CN avaient un lien étroit avec le pont, que les biens du CN ne

bridge, which was an integral part of its railway system and that CN supplied materials, inspection and consulting services for the bridge, was its preponderant user, and was recognized in the periodic negotiations surrounding the closing of the bridge. ^a

MacGuigan J.A. summarized the trial judge's findings on proximity as follows, at p. 167: ^b

In effect, the Trial Judge found that the CNR was so closely assimilated to the position of PWC that it was very much within the reasonable ambit of risk of the appellants at the time of the accident. That, it seems to me, is sufficient proximity: in Deane J.'s language, it is both physical and circumstantial closeness. ^c

Such a characterization brings the situation into the "joint" or "common venture" category under which recovery for purely economic loss has heretofore been recognized in maritime law cases from the United Kingdom (*The Greystoke Castle, supra*) and the United States (*Amoco Transport, supra*). The reasoning, as I apprehend it, is that where the plaintiff's operations are so closely allied to the operations of the party suffering physical damage and to its property (which—as damaged—causes the plaintiff's loss) that it can be considered a joint venturer with the owner of the property, the plaintiff can recover its economic loss even though the plaintiff has suffered no physical damage to its own property. To deny recovery in such circumstances would be to deny it to a person who for practical purposes is in the same position as if he or she owned the property physically damaged. ^d

The second question is whether extension of recovery to this type of loss is desirable from a practical point of view. Recovery serves the purpose of permitting a plaintiff whose position for practical purposes, vis-à-vis the tortfeasor, is indistinguishable from that of the owner of the damaged property, to recover what the actual owner could have recovered. This is fair and avoids an anomalous result. Nor does the recovery of economic loss in this case open the floodgates to unlimited liability. ^e

pouvaient pas être utilisés sans le lien que constituait le pont qui faisait partie intégrante de son réseau ferroviaire, et le fait que le CN fournissait des matériaux et des services d'inspection et de consultation pour le pont et qu'il en était le principal usager, ce qui était admis dans les négociations périodiques entourant la fermeture du pont. ^a

Le juge MacGuigan résume ainsi, à la p. 167, les conclusions du juge de première instance sur l'existence d'un lien étroit: ^b

De fait, le juge de première instance a conclu que le CN était assimilé de si près à TPC qu'il était vraiment dans le champ raisonnable de risque des appelants au moment de l'accident. Cela constitue, me semble-t-il, un lien suffisamment étroit: pour utiliser les mots du juge Deane, c'est un lien étroit à la fois matériel et circonstanciel. ^c

Une telle qualification fait entrer la situation dans la catégorie des «entreprises communes» ou «conjointes» dans laquelle l'indemnisation de la perte purement économique a jusqu'ici été admise dans les affaires de droit maritime au Royaume-Uni (*The Greystoke Castle, précité*) et aux États-Unis (*Amoco Transport, précité*). Le raisonnement, comme je le redoute, est que, lorsque les opérations du demandeur sont liées de si près à celles de la partie subissant un préjudice à ses biens (qui, parce qu'ils sont endommagés, occasionnent la perte du demandeur) qu'il peut être considéré comme participant à une entreprise commune avec le propriétaire des biens, le demandeur peut se faire indemniser de la perte économique même s'il n'a subi aucun dommage matériel. Refuser l'indemnisation en pareilles circonstances reviendrait à la refuser à une personne qui, à toutes fins pratiques, se trouve dans la même situation que si elle était propriétaire des biens endommagés. ^d

Quant à la deuxième question, il s'agit de savoir si l'extension de l'indemnisation à ce genre de perte est souhaitable du point de vue pratique. L'indemnisation vise à permettre au demandeur dont la position, à toutes fins pratiques, vis-à-vis de l'auteur du délit, ne saurait être distinguée de celle du propriétaire des biens endommagés, de recouvrer ce que le véritable propriétaire aurait pu recouvrer. Cela est juste et permet d'éviter un résultat anormal. L'indemnisation de la perte éco- ^e

ity. The category is a limited one. It has been applied in England and the United States without apparent difficulty. It does not embrace casual users of the property or those secondarily and incidentally affected by the damage done to the property. Potential tortfeasors can gauge in advance the scope of their liability. Businesses are not precluded from self-insurance or from contracting for indemnity, nor are they 'penalized' for not so doing. Finally, frivolous claims are not encouraged.

I conclude that here, as in *Kamloops*, the necessary duty and proximity are established, that valid purposes are served by permitting recovery, and that recovery will not open the floodgates to unlimited liability. In such circumstances, recovery should be permitted.

In deference to the learned judgments of my colleagues, I add the following comments. With respect to the reasons of my colleague Stevenson J., I, like La Forest J., would not accept, by itself, the "known plaintiff" test or the "ascertained class" test, which, to borrow La Forest J.'s phrase, places a premium on notoriety. With respect to the reasons of La Forest J., we are in agreement that the broad and flexible approach set out in *Anns* governs the right to recover for economic loss in tort. We also agree that the law of tort does not permit recovery for all economic loss. We further agree that where the plaintiff establishes a joint venture with the owner of the damaged property, it should be able to recover economic loss. Where we differ, in the final analysis, is on the test for determining joint venture.

nomique dans la présente affaire n'entraîne pas non plus une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée. On est en présence d'une catégorie limitée. Elle a été appliquée en Angleterre et aux États-Unis sans difficulté apparente. Elle ne comprend pas les usagers occasionnels des biens ou ceux qui sont touchés de façon secondaire et accessoire par les dommages causés aux biens. Les auteurs possibles de délits peuvent évaluer d'avance l'étendue de leur responsabilité. Cela n'empêche pas les entreprises de s'autoassurer ou de conclure un contrat d'indemnisation, et elles ne sont pas «pénalisées» non plus si elles ne le font pas. Enfin, on n'encourage pas les actions futiles.

Je conclus qu'en l'espèce, comme dans l'affaire *Kamloops*, on a prouvé l'existence de l'obligation et du lien étroit requis, que le fait de permettre l'indemnisation sert des fins valables et que l'indemnisation n'entraînera pas une avalanche de poursuites découlant de l'existence d'une responsabilité illimitée. Dans ces circonstances, il y a lieu de permettre l'indemnisation.

En toute déférence pour les jugements de mes collègues, j'ajoute les observations suivantes. En ce qui concerne les motifs de mon collègue le juge Stevenson, je ne suis pas d'avis, à l'instar du juge La Forest, d'accepter comme telles la règle du «demandeur connu» ou celle de la «catégorie déterminée» qui, pour reprendre l'expression du juge La Forest, accorde beaucoup d'importance à la notoriété. Quant aux motifs du juge La Forest, nous sommes d'accord que la méthode générale et souple énoncée dans l'arrêt *Anns* régit le droit à l'indemnisation d'une perte économique en matière de responsabilité délictuelle. Nous convenons également que le droit en matière de responsabilité délictuelle ne permet pas l'indemnisation de toute perte économique. Nous convenons en outre que, lorsque le demandeur prouve l'existence d'une entreprise commune avec le propriétaire du bien endommagé, il devrait pouvoir se faire indemniser de la perte économique subie. Là où nous sommes en désaccord, en dernière analyse, c'est au sujet du critère applicable pour déterminer s'il y a entreprise commune.

La Forest J. says that the right to recovery in cases such as this depends exclusively on the terms of the formal contract between the plaintiff and the property owner. If the contract creates a possessory interest or a joint venture, or if it provides for indemnification by the property owner, the plaintiff may recover against a tortfeasor who damages the property and causes economic loss. I do not read the authorities which have considered the implications of a joint venture between the plaintiff and the owner of the damaged property as confining themselves to the formal terms of the contract. I prefer a more flexible test which permits the trial judge to consider all factors relevant to their relationship. The terms of the contract are an important consideration in determining whether economic loss is recoverable. But the contract may tell only part of the story between the parties. If the evidence establishes that having regard to the entire relationship between the owner of the damaged property and the plaintiff, the plaintiff must be regarded as standing in the relation of joint or common venturer (or a concept akin thereto) with the property owner with the result that in justice his rights against third parties should be the same as the owner's, then I would not interfere. Here as elsewhere in the law of tort, the question is where the balance between certainty and flexibility should be struck. It is my conviction, based on the development of the law relating to recovery of economic loss thus far, that the balance must be struck this side of rigid categorization which denies the possibility of recovery in new cases which may not meet the categorical test.

From the point of view of policy, I share La Forest J.'s concern with avoiding recovery which increases the cost of dealing with a given loss and agree with the importance of the considerations he raises as to the contractual allocation of the risk. While important, I do not find these considerations to be exclusively determinative of the issue. For the reasons given earlier, the policy

Le juge La Forest dit que le droit à l'indemnisation dans des affaires telles que l'espèce dépend exclusivement des modalités du contrat formel intervenu entre le demandeur et le propriétaire du bien. Si le contrat crée un droit de possession ou une entreprise commune ou, s'il prévoit l'indemnisation par le propriétaire du bien, le demandeur peut se faire indemniser par l'auteur du délit qui endommage le bien et cause une perte économique. Selon moi, la doctrine et la jurisprudence qui ont étudié les répercussions d'une entreprise commune entre le demandeur et le propriétaire du bien endommagé ne se limitent pas aux modalités formelles du contrat. Je préfère un critère plus souple qui permette au juge du procès de prendre en considération tous les facteurs pertinents au rapport qui existe entre eux. Les modalités du contrat constituent un facteur important pour déterminer si une perte économique peut donner lieu à indemnisation. Mais il se peut que le contrat ne révèle qu'une fraction de ce qui s'est passé entre les parties. S'il ressort de la preuve que, compte tenu de l'ensemble du rapport qui existe entre le propriétaire du bien endommagé et le demandeur, ce dernier doit être considéré comme participant à une entreprise commune (ou une notion qui lui ressemble) avec le propriétaire du bien, de sorte qu'en toute justice ses droits à l'égard des tiers devraient être les mêmes que ceux du propriétaire, je suis alors d'avis de ne pas intervenir. En l'espèce comme ailleurs dans le droit en matière de responsabilité délictuelle, il s'agit de savoir où se trouve le juste milieu entre la certitude et la souplesse. Je suis persuadée, en me fondant sur l'évolution jusqu'ici du droit applicable à l'indemnisation de la perte économique, qu'il faut rejeter la catégorisation stricte qui nie la possibilité d'une indemnisation dans les nouvelles affaires qui peuvent ne pas satisfaire au critère fondé sur la catégorie.

Sur le plan des principes, je partage le souci du juge La Forest d'éviter l'indemnisation qui augmente le coût du règlement d'une perte donnée et je conviens de l'importance des considérations qu'il soulève quant à la répartition contractuelle du risque. Bien qu'elles soient importantes, je ne crois pas que ces considérations soient exclusivement déterminantes à cet égard. Pour les raisons expo-

arguments against recovery are not conclusive, particularly when the individual case is considered. In general, the narrower the scope of tort liability, the cheaper liability insurance. But that is not the whole answer. It may be that elimination of all tort liability for accidents would be the best solution from the point of view of economics, given that casualty insurance is cheaper than liability insurance. But for reasons of principle and policy the law rejects such a conclusion.

I agree too that generally people should be able to predict when they can recover economic loss from third parties, so they can determine in advance how to arrange their affairs, i.e., whether to purchase casualty (or accident) insurance or not. I suggest the test I propose permits this in substantial measure, while leaving open the door to future developments in the law; at a minimum if there is no special connection, physical or circumstantial, between the plaintiff's operations and the property damaged, recovery cannot be assumed and casualty insurance should be purchased. I doubt greater predictability in practical terms can be achieved. Is it truly realistic to suggest that a business firm will decide whether or not to purchase insurance on the basis of what a particular contract with the owner of a particular property provides, as *La Forest J.* suggests? A company such as CN has a host of contracts to consider when assessing whether to buy insurance to cover loss resulting from accidents. Some will meet *La Forest J.*'s criteria, some will not. I suspect that such decisions as to insurance are more likely to be made on the more global basis of asking whether there is any significant risk of loss in the operations which may not be recovered by suing third parties. Moreover, no plaintiff can be sure it will recover its loss, even if the law permits recovery; the party at fault, for example, may be insolvent or uninsured. If there is doubt on any of these questions, the prudent firm will purchase casualty insurance. So predictability

sées précédemment, les arguments de principe à l'encontre de l'indemnisation ne sont pas concluants, tout particulièrement quand on examine l'affaire sur une base individuelle. En général, plus la portée de la responsabilité délictuelle est limitée, moins le coût de l'assurance-responsabilité est élevé. Mais cela ne répond pas à toute la question. Il se peut que l'élimination de toute responsabilité délictuelle en cas d'accident soit la meilleure solution du point de vue économique, vu que l'assurance contre les accidents coûte moins cher que l'assurance-responsabilité. Mais pour des raisons de principe, le droit rejette pareille conclusion.

Je conviens aussi que les gens devraient en général pouvoir prévoir quand ils pourront se faire indemniser d'une perte économique par des tiers, de façon à pouvoir déterminer à l'avance comment organiser leurs affaires, c'est-à-dire s'ils doivent souscrire une assurance contre les accidents ou non. Mon opinion est que le critère que je propose permet cela dans une large mesure, tout en permettant l'évolution du droit; au moins, s'il n'existe aucun lien physique, matériel ou circonstanciel entre les activités du demandeur et le bien endommagé, l'indemnisation ne saurait être présumée, et il y aurait lieu de souscrire une assurance contre les accidents. Je doute qu'on puisse prévoir davantage sur le plan pratique. Est-il vraiment réaliste de laisser entendre, comme le fait le juge *La Forest*, qu'une société commerciale va décider de souscrire ou non une assurance en fonction de ce que prévoit un contrat précis conclu avec le propriétaire d'un bien précis? Une compagnie comme le CN a une foule de contrats à prendre en considération quand vient le temps de décider si elle va s'assurer contre les pertes résultant d'un accident. Certains satisferont aux critères énoncés par le juge *La Forest*, d'autres non. Je soupçonne que de telles décisions en matière d'assurance sont davantage susceptibles de dépendre plus globalement de la question de savoir s'il existe un risque élevé de perte dans les activités qui ne peuvent pas donner lieu à indemnisation au moyen de poursuites contre des tiers. En outre, aucun demandeur ne peut être sûr d'être indemnisé de sa perte, même si la loi permet l'indemnisation; il peut arriver, par exemple, que la partie fautive soit insolvable ou ne

is revealed as a more complex matter than looking at a particular contract.

In the end, I conclude that a test for recovery of economic loss outside situations akin to *Hedley Byrne*—whether ‘contractual relational’ economic loss or otherwise—should be flexible enough to meet the complexities of commercial reality and to permit the recognition of new situations in which liability ought, in justice, to lie as such situations arise. With the greatest respect, it seems to me that a test, which is confined to the terms of the formal contract between the owner of the property damaged and the person who suffers economic loss as a consequence of that damage, may not fill these objectives.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

STEVENSON J.—I have read the judgment of my colleague Justice McLachlin and while I agree with her conclusion, I reach it by a somewhat different analysis and characterization.

Issue

The appellants have formulated the issue in the following way:

Where A negligently damages the property of B which results in a contractual disruption and consequent economic loss to C:

- (i) Does the law recognize a proximity in relationship between A and C sufficient to support a duty of care, the breach of which gives rise to liability?

soit pas assurée. S’il existe un doute au sujet de l’une ou l’autre de ces questions, la société prudente souscrira une assurance contre les accidents. La prévisibilité se révèle donc une question plus complexe que l’examen d’un contrat précis.

En fin de compte, je conclus qu’un critère applicable à l’indemnisation d’une perte économique en dehors de situations qui ressemblent à l’affaire *Hedley Byrne*—qu’ils s’agisse ou non d’une perte économique relationnelle découlant d’un contrat—devrait être suffisamment souple pour tenir compte de la complexité des affaires et permettre la reconnaissance de nouvelles situations où, en toute justice, une responsabilité devrait être imposée, quand de telles situations se présentent. En toute déférence, il me semble qu’un critère qui se limite aux modalités du contrat formel intervenu entre le propriétaire du bien endommagé et la personne qui subit une perte économique à la suite de ce dommage ne peut pas satisfaire à ces objectifs.

Dispositif

Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE STEVENSON — J’ai pris connaissance des motifs de jugement de ma collègue le juge McLachlin et, bien que je sois d’accord avec sa conclusion, je parviens à ce résultat grâce à une analyse et à une qualification quelque peu différentes.

Question en litige

Les appellants ont ainsi formulé la question en litige:

[TRADUCTION] Lorsque A cause, par négligence, des dommages au bien de B et qu’il en résulte pour C une rupture de contrat et, par voie de conséquence, une perte économique:

- (i) Le droit reconnaît-il l’existence d’un lien suffisamment étroit entre A et C pour donner naissance à une obligation de diligence dont la violation engage la responsabilité?

(ii) If so, does the requisite proximity exist between Railway and tug in this case?

(ii) Dans l'affirmative, le lien étroit requis existe-t-il, en l'espèce, entre la compagnie ferroviaire et le remorqueur?

The General Exclusionary Rule

I first must make it clear that, in Canada, we do not accept a rule that pure economic loss is not recoverable in a negligence action. Many of the authorities are canvassed in the judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 3 F.C. 114, and I do not propose reviewing all of them.

I agree with what was said in this Court in *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. v. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 221, at p. 252, where Pigeon J. wrote:

It is now settled by the judgment of this Court in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* that recovery for economic loss caused by negligence is allowable without any recovery for property damage.

Also, in *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at p. 239, Estey J. wrote:

... in principle, a defendant could be held liable in tort for economic losses arising wholly in the absence of associated physical injury or damage.

It should also be noted that in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, the Court allowed the recovery of a pure economic loss.

While the general exclusionary rule has been emphatically re-affirmed in England in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), I see no justification for our so doing. A review of the case law discussing the rule satisfies me that there is no satisfactory rationale for a general exclusionary rule and that we should, rather than apply an indefensible general rule, examine the policy considerations that led to its application in the kind of case we are considering, a claim for

a La règle générale d'exclusion

Il me faut d'abord préciser que la règle selon laquelle la perte purement économique ne peut donner lieu à indemnisation dans une action pour négligence n'est pas acceptée au Canada. Une bonne partie de la jurisprudence et de la doctrine qui ont traité de cette question est examinée dans l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 3 C.F. 114, et je ne compte pas la revoir au complet.

Je souscris aux propos de notre Cour dans l'arrêt *Agnew-Surpass Shoe Stores Ltd. c. Cummer-Yonge Investments Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 221, où le juge Pigeon écrit, à la p. 252:

Il est maintenant établi, par l'arrêt de cette Cour *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works* que le recouvrement de la perte économique causée par la négligence est admis même sans recouvrement pour dommages matériels.

De même, dans l'arrêt *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, le juge Estey écrit, à la p. 239:

... en principe, un défendeur pouvait encourir une responsabilité délictuelle pour des préjudices financiers qui ne résultent aucunement de dommages ou de préjudices matériels connexes.

Notons également que la Cour a accordé l'indemnisation d'une perte purement économique dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2.

Bien que la règle générale d'exclusion ait été réaffirmée avec force en Angleterre dans l'arrêt *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398 (H.L.), je ne vois pas pourquoi nous devrions faire de même. L'examen de la jurisprudence qui traite de cette règle me convainc que la règle générale d'exclusion ne repose sur aucun fondement satisfaisant et qu'il nous faut, au lieu d'appliquer une règle générale indéfendable, analyser les considérations de principe qui ont

economic loss where the claimant has suffered no damage to property or person.

The general exclusionary rule is often traced to *Cattle v. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. In that case, the plaintiff had contracted to build a tunnel for a lump sum, but the defendant—a third party—negligently flooded the tunnel causing an increase in the cost of performance of the contract. Recovery was denied but not simply because the damage was purely economic. Recovery was also denied because the loss was a “relational loss” consequent upon the negligent infliction of damage to the property of another.

Simpson & Co. v. Thomson (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), was the first case that explicitly said that one cannot recover an economic loss if one has not also suffered a physical loss. In that case an insurance company claimed for its economic loss. Lord Penzance said at p. 290 about claims for pure economic losses that

[s]uch instances might be indefinitely multiplied, giving rise to rights of action which in modern communities, where every complexity of mutual relation is daily created by contract, might be both numerous and novel.

[An action can only lie] in the name, and therefore, in point of law, on the part of one who had either some property in, or possession of, the chattel injured.

The Extension of the Duty of Care

The general exclusionary rule was faithfully followed for many years. Then came *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), a case that is so well known that a review is trite. That case was not concerned with pure economic loss as such, but its

entraîné son application au genre d'affaire dont nous sommes saisis, soit une demande d'indemnisation pour perte économique où le demandeur n'a subi aucun dommage matériel ni aucune lésion corporelle.

On fait souvent remonter l'origine de la règle générale d'exclusion à la décision *Cattle c. Stockton Waterworks Co.* (1875), L.R. 10 Q.B. 453. Dans cette affaire, le demandeur s'était engagé, par contrat, à percer un tunnel moyennant une somme forfaitaire, mais le défendeur, un tiers, a causé par négligence l'inondation du tunnel, faisant ainsi augmenter les coûts d'exécution du contrat. L'indemnisation a été refusée non seulement en raison de la nature purement économique du préjudice causé, mais encore parce que la perte était une «perte relationnelle» découlant de dommages causés par négligence aux biens d'un tiers.

C'est dans l'arrêt *Simpson & Co. c. Thomson* (1877), 3 App. Cas. 279 (H.L.), qu'on a, pour la première fois, affirmé expressément qu'il ne saurait y avoir indemnisation d'une perte économique s'il n'y a pas eu également perte matérielle. Dans cette affaire, une compagnie d'assurances réclamait l'indemnisation de la perte économique qu'elle avait subie. Lord Penzance affirme, à la p. 290, au sujet des demandes d'indemnisation de pertes purement économiques, que

[TRADUCTION] [p]areils cas pourraient se multiplier à l'infini et donner naissance à des droits d'action qui, dans les sociétés modernes où les contrats viennent accroître chaque jour la complexité des relations mutuelles, risquent d'être fort nombreux et inédits.

[Une action peut être intentée seulement] au nom et donc, sur le plan du droit, pour le compte de celui qui jouissait d'un certain droit de propriété ou de possession sur le bien endommagé.

L'élargissement de l'obligation de diligence

La règle générale d'exclusion a été suivie fidèlement pendant plusieurs années. Puis est venu l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), si bien connu qu'il n'y a pas lieu de le résumer. Cette affaire ne traitait pas comme telle de la

general principles on where a duty of care should lie have influenced the whole law of negligence. The exclusionary rule could, in fact, be described simply as the denial of a duty of care for pure economic losses. In *Donoghue*, the House of Lords was also confronted with a situation where traditionally, without the benefit of a contract, there was no duty of care. The House of Lords enunciated the principles to follow in order to establish a duty of care. Lord Atkin said at p. 580:

You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

The House of Lords found a duty where traditionally there was none.

An “Exception” to the Exclusionary Rule: Negligent Misstatements

In *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), the defendant had made a negligent misstatement to a bank about the creditworthiness of a certain company. The bank gave the information to the plaintiff who relied on it and ended up losing money. Interestingly, the case was dismissed because of a disclaimer clause found in the letter sent to the bank. Nevertheless, in a long *dictum*, the Law Lords recognized a right to compensation for purely economic losses caused by a negligent misstatement.

At page 536, Lord Pearce interpreted *Morrison Steamship Co. v. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), as authority for the proposition that “eco-

perte purement économique, mais les principes généraux qui y sont formulés quant aux conditions d’existence d’une obligation de diligence ont influencé tout le droit relatif à la négligence. En fait, on pourrait décrire la règle d’exclusion comme le simple refus de reconnaître l’existence d’une obligation de diligence en cas de perte purement économique. Dans l’affaire *Donoghue*, la Chambre des lords était également saisie d’une situation où traditionnellement, en l’absence de contrat, il n’y avait pas d’obligation de diligence. La Chambre des lords a énoncé les principes à suivre pour établir l’existence d’une obligation de diligence. Lord Atkin affirme, à la p. 580:

[TRADUCTION] Il faut apporter un soin raisonnable pour éviter des actes ou omissions dont on peut raisonnablement prévoir qu’ils sont susceptibles de léser son prochain. Qui alors est mon prochain en droit? La réponse semble être: les personnes qui sont touchées de si près et si directement par mon acte que je devrais raisonnablement prévoir qu’elles seront ainsi touchées lorsque je réfléchis aux actes ou omissions qui sont mis en question.

La Chambre des lords a ainsi conclu à l’existence d’une obligation là où traditionnellement il n’en existait pas.

«Exception» à la règle d’exclusion: les renseignements inexacts fournis par négligence

Dans l’arrêt *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465 (H.L.), la défenderesse avait fourni par négligence à une banque un renseignement inexact quant à la solvabilité d’une certaine société. La banque avait transmis ce renseignement à la demanderesse qui s’y était fiée et avait subi une perte financière. Fait intéressant à noter, l’affaire a été rejetée en raison d’une stipulation d’exonération que contenait une lettre envoyée à la banque. Néanmoins, les lords juges ont, dans une longue opinion incidente, reconnu le droit à l’indemnisation des pertes purement économiques résultant d’un renseignement inexact fourni par négligence.

À la page 536, lord Pearce a invoqué l’arrêt *Morrison Steamship Co. c. Greystoke Castle (Cargo Owners) (The Greystoke Castle)*, [1947] A.C. 265 (H.L.), à l’appui de la proposition que

conomic loss alone, without some physical or material damage to support it, can afford a cause of action”.

Other Direct “Exceptions”

Exceptions became more and more frequent. I will first consider the exceptions to the exclusionary rule itself to which I will refer as the direct exceptions (for a list of many of those exceptions see Chambers, “Economic Loss” in Finn, *Essays on Torts* (1989), p. 43). I will then consider the indirect exceptions, which are means of circumventing the rule without expressly creating a new exception.

One direct exception is that for the negligent performance of a service (Feldthusen, *Economic Negligence* (2nd ed. 1989), at p. 129). It is found in *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297. In that case, a solicitor negligently drafted a will causing the plaintiff to lose part of her inheritance—a pure economic loss. The plaintiff was allowed to recover.

Yet another exception is that for defective products. A defective product has not yet caused physical harm but will eventually cause some. The cost of repair is in fact a purely financial loss and there has been no physical injury. Yet some commentators argue that “[e]conomic loss in products liability is a different type of pure economic loss” (Feldthusen, *supra*, at p. 170) because the economic loss would not be distinguishable from the possible physical harm. The matter will often be governed by statute but at common law the exception could be called the “imminent risk exception”.

Some would argue that an example of this last exception can be found in the opinion of Laskin J., as he then was, in *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, at pp. 1216 *et seq.* The plaintiff had chartered a crane for its logging business. The defendants knew it needed

[TRADUCTION] «la seule perte économique, non fondée sur un dommage physique ou matériel, peut donner naissance à une cause d’action».

a Autres «exceptions» directes

Les exceptions sont devenues de plus en plus fréquentes. J’examinerai d’abord les exceptions à la règle d’exclusion elle-même que j’appellerai les exceptions directes (pour une liste d’un bon nombre de ces exceptions, voir Chambers, «Economic Loss», dans Finn, *Essays on Torts* (1989), p. 43). J’examinerai ensuite les exceptions indirectes qui constituent un moyen de contourner la règle sans créer expressément une nouvelle exception.

L’une des exceptions directes a trait à la négligence dans la prestation d’un service (Feldthusen, *Economic Negligence* (2^e éd. 1989), à la p. 129). On la retrouve dans l’arrêt *Ross c. Caunters*, [1980] Ch. 297. Dans cette affaire, un avocat avait fait preuve de négligence dans la rédaction d’un testament, de sorte que la demanderesse avait perdu une partie de son héritage, subissant ainsi une perte purement économique. On a reconnu que la demanderesse avait droit à un dédommagement.

Une autre exception concerne les produits défectueux. Prenons le cas d’un produit défectueux qui n’a encore causé aucun préjudice physique, mais qui en causera éventuellement. Le coût de la réparation constitue en réalité une perte purement économique et il n’y a pas eu de lésion corporelle. Mais selon certains commentateurs, [TRADUCTION] «[l]a perte économique en matière de responsabilité du fabricant est un type différent de perte purement économique» (Feldthusen, *op. cit.*, à la p. 170) parce qu’elle ne saurait être distinguée du préjudice physique possible. La question sera souvent régie par des textes législatifs, mais en common law, l’exception pourrait s’appeler «l’exception du risque imminent».

On pourrait soutenir qu’un exemple de cette dernière exception se retrouve dans l’opinion du juge Laskin, plus tard Juge en chef, dans l’arrêt *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, aux pp. 1216 *et suiv.* La demanderesse avait affrété une grue aux fins de l’exploita-

repair but withheld that information until they had no choice but to break the news: a similar crane belonging to someone else had collapsed and killed someone. Had the plaintiff known of the defect it would have had the crane repaired at a convenient time rather than at the height of the logging season. The plaintiff claimed the profits it lost because of a shutdown of its operation. They also claimed the cost of repairing the crane. At page 1218, Laskin J. wrote:

The present case is not of the *Hedley Byrne* type . . . but recovery for economic loss alone is none the less supported under negligence doctrine. It seems to me that the rationale of manufacturers' liability for negligence should equally support such recovery in the case where, as here, there is a threat of physical harm and the plaintiff is in the class of those who are foreseeably so threatened

On this point Laskin J. was in dissent. Ritchie J. for the majority reinstated the decision of the trial judge which allowed the recovery of the loss of profits on the basis of a duty to warn but denied the cost of repairs. Although one might wonder why he did not go as far as Laskin J. did, Ritchie J. for the majority wrote at p. 1215:

I am conscious of the fact that I have not referred to all relevant authorities relating to recovery for economic loss under such circumstances, but I am satisfied that in the present case there was a proximity of relationship giving rise to a duty to warn and that the damages awarded by the learned trial judge were recoverable as compensation for the direct and demonstrably foreseeable result of the breach of that duty. This being the case, I do not find it necessary to follow the sometimes winding paths leading to the formulation of a "policy decision".

Both the majority and the dissent in *Rivtow* seemed willing to admit that pure economic losses could be recovered. Most commentators would admit that the majority in *Rivtow* introduces

tion de son entreprise forestière. Les défenderesses savaient que la grue nécessitait des réparations, mais elles avaient caché ce fait jusqu'à ce qu'elles n'aient d'autre choix que de rompre leur silence: une grue semblable appartenant à quelqu'un d'autre s'était effondrée, tuant une personne. Si la demanderesse avait été au courant de la défectuosité, elle aurait fait réparer la grue à un moment opportun plutôt qu'au plus fort de la saison de coupe. La demanderesse a réclamé les profits perdus en raison de l'arrêt de ses activités, en plus du coût des réparations apportées à la grue. Le juge Laskin écrit, à la p. 1218:

La présente affaire n'est pas du type *Hedley Byrne* [. . .] mais le recouvrement pour la perte économique seulement trouve néanmoins un appui dans la doctrine de la négligence. Il me semble que le principe de la responsabilité du fabricant pour négligence devrait également permettre ce recouvrement dans le cas où, comme en l'espèce, il y a menace de dommages physiques et le demandeur est dans la catégorie des personnes qui, peut-on prévoir, sont ainsi menacées

Le juge Laskin était dissident sur ce point. Au nom de la majorité, le juge Ritchie a rétabli la décision du juge de première instance qui accordait l'indemnisation de la perte de profits en raison d'une obligation d'avertir, mais qui rejetait le coût des réparations. Bien qu'il ne soit pas allé aussi loin que le juge Laskin, et on peut se demander pourquoi, le juge Ritchie écrit, au nom de la majorité, à la p. 1215:

Je me rends bien compte que je n'ai pas fait état de tous les précédents pertinents ayant trait au recouvrement pour perte économique dans pareilles circonstances, mais je suis convaincu qu'en l'espèce présente il y avait une proximité de rapport donnant naissance à une obligation d'avertir et que les dommages-intérêts adjugés par le savant juge de première instance étaient recouvrables à titre d'indemnité pour le résultat direct et démontrablement prévisible de la violation de cette obligation. Puisqu'il en est ainsi, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de suivre le sentier parfois tortueux qui mène à la formulation d'une «décision de ligne de conduite».

Tant les juges majoritaires que le juge dissident, dans l'arrêt *Rivtow*, semblaient disposés à reconnaître la possibilité d'obtenir l'indemnisation des pertes purement économiques. La plupart des com-

another exception to the exclusionary rule and some would argue that a second exception is introduced by the dissent. The first exception is that in matters of product liability, one can recover a purely economic loss limited to the lost profits when that loss is caused by a breach of the duty to warn of the known defects of a product.

The second exception, more doubtful because it is based on the dissent of Laskin J., is that one can recover the cost of repairs—a pure economic loss—when there is a risk of injury to property or persons. That “exception” was mentioned by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at p. 760.

The Reasons for the Rule

In *Kamloops, supra*, Wilson J. questioned the need for the exclusionary rule in the following manner (at pp. 28-29):

How, it is asked, can one justify to injured plaintiffs the difference in treatment the law accords to physical and to economic loss caused by a defendant’s negligent acts? In one you are compensated by the wrongdoer: in the other you have to bear the loss yourself. Does it make sense to permit the recovery of economic loss for negligent words but not for negligent acts? What is the significant difference between them? Why, if economic loss is reasonably foreseeable as a consequence of negligent acts, should it not be as recoverable as reasonably foreseeable physical injury to persons or to property? And should Chief Judge Cardozo’s fear of indeterminate liability to an indeterminate class preclude recovery by a very specific plaintiff in a very specific amount? Can a policy consideration which leads to a manifest injustice in certain types of cases be a good policy consideration? Is there some *rationale* whereby injustice in specific cases can be avoided and Chief Judge Cardozo’s fear guarded against at the same time?

mentateurs ont reconnu que l’opinion majoritaire, dans l’arrêt *Rivtow*, introduit une autre exception à la règle d’exclusion et certains ont soutenu qu’une seconde exception est introduite par le juge dissident. La première exception veut qu’en matière de responsabilité du fabricant, il soit possible d’obtenir l’indemnisation d’une perte purement économique limitée à la perte de profits, lorsque celle-ci résulte d’un manquement à l’obligation d’avertir des vices connus d’un produit.

La seconde exception, plus douteuse car fondée sur la dissidence du juge Laskin, veut qu’il soit possible d’obtenir un dédommagement pour le coût des réparations—une perte purement économique—lorsqu’il y a risque de dommage matériel ou de lésion corporelle. Lord Wilberforce a mentionné cette «exception» dans l’arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), à la p. 760.

La raison d’être de la règle

Dans l’arrêt *Kamloops*, précité, le juge Wilson a remis ainsi en question la nécessité de la règle d’exclusion (aux pp. 28 et 29):

Comment, se demande-t-on, expliquer aux demandeurs lésés le traitement différent que réserve le droit aux pertes matérielles et aux pertes financières dues aux actes fautifs d’un défendeur? Dans un cas, on est indemnisé par l’auteur du dommage alors que, dans l’autre, il faut assumer la perte soi-même. Est-il logique d’autoriser l’indemnisation d’une perte financière pour des paroles fautives et non pour des actes fautifs? En quoi différent-ils sensiblement? Si la perte financière est raisonnablement prévisible comme conséquence d’actes fautifs, ne devrait-elle pas donner lieu à indemnisation tout comme les blessures ou les dommages matériels raisonnablement prévisibles? La crainte exprimée par le juge en chef Cardozo d’une responsabilité indéterminée envers une catégorie indéterminée devrait-elle empêcher l’indemnisation d’un demandeur bien déterminé pour un montant précis? Une considération de politique qui entraîne une injustice évidente dans certains genres de causes peut-elle être valable? Y a-t-il un raisonnement quelconque qui permette d’éviter l’injustice dans des cas précis et, en même temps, de parer à la crainte exprimée par le juge en chef Cardozo?

Some argue that there is a fundamental distinction between physical damage (personal and property damage) and pure economic loss and that the latter is less worthy of protection. Professor Feldthusen has attempted to make this argument in *Economic Negligence, supra*, at pp. 8-14, but I am left unconvinced. Although I am prepared to recognize that a human being is more important than property and lost expectations of profit, I fail to see how property and economic losses can be distinguished.

Some say that the rule has a policy justification in insurance and in loss spreading. McLachlin J. answers that assertion.

The real reason for the rule is obvious to me. It was eloquently stated by Cardozo C.J. in *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444: he feared "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class". In my view that is an appropriate general test for relational losses, but is not a justification for a blanket acceptance of a bar on the recovery of economic losses. I return later to the problem of relational losses.

Many judges, lawyers and jurists seem extremely concerned about what life would be like after the death of the exclusionary rule against recovery of pure economic loss. The worst apocalyptic scenarios are feared. Everyone will go bankrupt, business will be impossible to conduct, the cost of insurance will be astronomical. The floodgates will be opened and our legal system will collapse. I do not share these fears.

First I have examined numerous exceptions to the exclusionary rule which have effectively abolished the rule in many areas where it used to apply. Has anyone seen any of the predicted catastrophic consequences?

Certains font valoir qu'il existe une distinction fondamentale entre le préjudice physique (lésion corporelle et dommage matériel) et la perte purement économique, et que cette dernière ne mérite pas la même indemnisation. Le professeur Feldthusen a tenté de faire valoir cela dans *Economic Negligence, op. cit.*, aux pp. 8 à 14, mais il ne m'a pas convaincu. Bien que je sois disposé à reconnaître que l'être humain est plus important que les biens ou les chances perdues de réaliser des profits, je ne vois pas comment on peut faire une distinction entre les pertes matérielles et les pertes économiques.

D'aucuns justifient la règle en invoquant des principes d'assurance et de répartition des pertes. Le juge McLachlin répond à cette prétention.

La vraie raison d'être de la règle m'apparaît évidente. Le juge en chef Cardozo l'a énoncée éloquentement dans l'arrêt *Ultramares Corporation c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), à la p. 444, où il a dit craindre de donner ouverture à [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée». À mon avis, c'est là un critère général approprié pour déterminer l'existence de pertes relationnelles, mais ce n'est pas une raison pour rejeter en bloc l'indemnisation des pertes économiques. Je reviendrai plus loin sur le problème des pertes relationnelles.

De nombreux juges, avocats et juristes semblent s'inquiéter énormément de ce qui se passerait si on abolissait la règle d'exclusion interdisant l'indemnisation de la perte purement économique. Les pires scénarios sont évoqués: tout le monde ferait faillite, personne ne pourrait plus faire d'affaires et les coûts des assurances seraient astronomiques. Il y aurait avalanche de poursuites et notre système juridique s'effondrerait. Je ne partage pas ces craintes.

Premièrement, j'ai examiné de nombreuses exceptions à la règle d'exclusion qui en ont effectivement écarté l'application dans un grand nombre de domaines. Or, a-t-on vu se produire l'une des conséquences catastrophiques appréhendées?

Second, some personal injury cases can entail enormous liabilities. Liability for damage to property can also run in tens of millions of dollars. Oil spills and other environmental catastrophes can cause tremendous personal and property damage. Yet no one suggests that such tortfeasors should not be held liable. Why should the extent of potential liability for economic loss prevent recovery when it does not for property and personal damage? If our legal system is able to deal with disastrous personal and property damage, it should be able to deal with disastrous economic damage.

Third, this Court has the benefit of being the final court of appeal in a country that has two legal traditions: the English common law and the French civil law. Our two legal traditions are independent and should not be confused. Concepts and solutions found in one tradition should not be imposed on the other tradition. But this does not mean that there is no place for comparative law on this Court. The case at bar is a good example of how useful comparative law can be.

The civil law of Quebec and the civil law of France have no categorical rule preventing the recovery of pure economic loss (see Jutras, "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295; Tetley, "Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates" (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539; Herbots, "Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé", [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7; note that the German civil law tradition has such a rule: Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2nd ed. 1990), at pp. 37 et seq.). Yet, the French civil law system works well, insurance is not impossible to get, business is conducted as anywhere else in the world. Because of

Deuxièmement, la responsabilité en matière de lésions corporelles peut être extrêmement lourde. La responsabilité pour dommage matériel peut aussi représenter des dizaines de millions de dollars. Les déversements de pétrole et autres catastrophes écologiques peuvent causer des lésions corporelles et des dommages matériels très importants. Or personne n'affirme que les auteurs de ces délits devraient échapper à toute responsabilité. Pourquoi l'ampleur possible de la responsabilité pour perte économique aurait-elle pour effet d'empêcher l'indemnisation alors qu'elle n'a pas cet effet dans le cas de dommages matériels et de lésions corporelles? Si notre système juridique est en mesure de régler les cas de lésions corporelles et de dommages matériels désastreux, il devrait être en mesure de le faire dans le cas d'un préjudice économique désastreux.

Troisièmement, notre Cour a l'avantage d'être le tribunal d'appel de dernier ressort dans un pays qui compte deux traditions juridiques: la common law anglaise et le droit civil français. Ces deux traditions juridiques sont indépendantes et ne devraient pas être confondues. Les concepts et les solutions que l'on trouve dans l'une ne devraient pas être imposés à l'autre. Mais cela ne signifie pas pour autant que le droit comparé n'a pas sa place au niveau de notre Cour. L'affaire dont nous sommes saisis est un bon exemple de la mesure dans laquelle le droit comparé peut être utile.

On ne trouve, en droit civil québécois et en droit civil français, aucune règle catégorique qui interdisse l'indemnisation de la perte purement économique (voir Jutras, «Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?» (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 295; Tetley, «Damages and Economic Loss in Marine Collision: Controlling the Floodgates» (1991), 22 *J. Mar. Law & Com.* 539; Herbots, «Le «duty of care» et le dommage purement financier en droit comparé», [1985] *Rev. dr. int. et dr. comp.* 7; soulignons qu'une telle règle existe dans la tradition civiliste allemande: Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts* (2^e éd. 1990) aux pp. 37 et suiv.). Or, le système civiliste français fonctionne bien, s'assurer n'a rien d'impossible et les affaires se font comme

the experience this Court has in the civil law it cannot be frightened by apocalyptic scenarios about life after the rule against the recovery of pure economic loss.

As a result, I conclude that there is in Canada no general exclusionary rule precluding recovery of pure economic loss in a negligence action. This does not mean, however, that all economic losses are recoverable in a negligence action. There are policy reasons which preclude recovery of certain types of economic losses.

Relational Losses

That takes me back to *Cattle v. Stockton, supra*, which is the case upon which the relational loss rule is based. As the appellants correctly point out, that case denies recoverability for “relational losses” consequent upon the negligent infliction of damage to the property of another. To limit recovery to the owner and possessor imposes some restraint. As the appellants point out that case is seminal. See *Candlewood Navigation Corp. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1 (P.C.), at p. 25; *Leigh and Sillavan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), and *Murphy, supra*. *Candlewood* grounds the exceptions on reasons of practical policy. Once this Court embraced the *Anns* approach, as it did in *Kamloops*, exceptions to recovery must be based on some acceptable policy.

Like the loss in *Cattle v. Stockton*, the loss in this case is a relational loss. Fleming, *The Law of Torts* (7th ed. 1987), discusses relational losses at pp. 162 *et seq.* He describes relational losses as those which do not arise directly from an injury but rather which arise as a result of a relationship with the injured party. Relational losses usually arise as a result of damage to another’s property. Fleming notes that the law’s “most ingrained

partout ailleurs dans le monde. En raison de l’expérience qu’elle possède en droit civil, notre Cour ne saurait être effrayée par des scénarios apocalyptiques sur ce qui se passerait suite à l’abolition de la règle interdisant l’indemnisation de la perte purement économique.

En définitive, je conclus qu’il n’existe au Canada aucune règle générale d’exclusion qui interdise l’indemnisation de la perte purement économique dans une action pour négligence. Cela ne signifie pas, toutefois, que toutes les pertes économiques peuvent donner lieu à indemnisation dans une action pour négligence. Il existe des raisons de principe d’empêcher l’indemnisation de certains types de pertes économiques.

Les pertes relationnelles

Cela me ramène à la décision *Cattle c. Stockton*, précitée, sur laquelle est fondée la règle de la perte relationnelle. Comme les appelants le soulignent à juste titre, cette décision rejette la possibilité d’obtenir l’indemnisation des «pertes relationnelles» résultant du dommage causé par négligence à la propriété d’autrui. Limiter l’indemnisation au propriétaire et possesseur commande une certaine retenue. Comme le soulignent les appelants, il s’agit d’une décision charnière. Voir *Candlewood Navigation Corp. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd. (The Mineral Transporter)*, [1986] A.C. 1 (C.P.), à la p. 25, *Leigh and Sillavan Ltd. c. Aliakmon Shipping Co.*, [1986] A.C. 785 (H.L.), et *Murphy*, précité. L’arrêt *Candlewood* fonde les exceptions sur des considérations pratiques. Notre Cour ayant adopté l’analyse proposée dans l’arrêt *Anns*, comme elle l’a fait dans l’arrêt *Kamloops*, les exceptions à l’indemnisation doivent être fondées sur quelque politique acceptable.

Tout comme dans l’affaire *Cattle c. Stockton*, la perte subie en l’espèce est une perte relationnelle. Fleming, *The Law of Torts* (7^e éd. 1987), traite des pertes relationnelles, aux pp. 162 et suiv. Il définit les pertes relationnelles comme étant celles qui résultent non pas directement d’un préjudice, mais plutôt d’un rapport avec la partie lésée. Les pertes relationnelles résultent habituellement d’un dommage causé à la propriété d’autrui. Fleming sou-

opposition” to the recovery of economic loss in tort has been for relational losses. The reluctance to allow recovery of such losses is illustrated by numerous cases, such as *Cattle v. Stockton, Simpson & Co. v. Thomson, supra, Société anonyme de remorquage à hélice v. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243, and *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569. According to Fleming, the reason that the law is reluctant to allow recovery of relational losses is not merely that those losses are purely economic. Rather the law is concerned that recovery of relational losses would be oppressive, as most accidents entail repercussions for all persons with whom an injured party is associated.

In other words, the reluctance to allow recovery for relational losses arises because of the possibility of indeterminate liability. The concern is not infinite liability (the “floodgates”) but indeterminate liability: Cardozo C.J. feared “indeterminate” liability, not “infinite” liability. The courts already deal with massive liability where there is damage to persons or property, and can also do so for damage which is purely economic. However, it would be oppressive to expose defendants to indeterminate liability. Defendants should not be responsible for all of the consequences of their acts, even if they are negligent. Defendants should be responsible to those they directly injure, but not to all those who are affected by some relationship with the injured party. At some point, we must all bear the risk that persons with whom we are associated will be harmed. This responsibility begins at the point at which the defendant’s liability could become indeterminate. For policy reasons and for reasons of fairness to defendants, the law must deny recovery of economic losses which give rise to the possibility of indeterminate liability. The appellants acknowledge that pragmatic rationale as being at the root of this limitation when they invoked

ligne qu’en droit [TRADUCTION] «l’opposition la plus tenace» à l’indemnisation de la perte économique en matière délictuelle s’est manifestée dans les cas de perte relationnelle. La réticence à permettre l’indemnisation de ces pertes est illustrée dans de nombreuses affaires, telles que les affaires *Cattle c. Stockton, Simpson & Co. c. Thomson*, précitées, *Société anonyme de remorquage à hélice c. Bennetts*, [1911] 1 K.B. 243, et *Weller & Co. c. Foot & Mouth Disease Research Institute*, [1966] 1 Q.B. 569. Selon Fleming, la réticence du droit à permettre l’indemnisation des pertes relationnelles ne s’explique pas par le simple fait qu’il s’agit de pertes purement économiques, mais plutôt par la crainte que l’indemnisation des pertes relationnelles soit abusive, étant donné que la plupart des accidents ont des répercussions sur l’ensemble des personnes avec qui la partie lésée est associée.

En d’autres termes, la réticence à permettre l’indemnisation des pertes relationnelles résulte de la possibilité qu’il y ait responsabilité indéterminée. On craint non pas qu’il y ait responsabilité illimitée («l’avalanche de poursuites»), mais plutôt responsabilité indéterminée: le juge en chef Cardozo craignait qu’il y ait responsabilité «indéterminée» et non pas responsabilité «illimitée». Les tribunaux instruisent déjà des affaires de responsabilité massive dans lesquelles des lésions corporelles ou des dommages matériels ont été causés et ils peuvent également le faire dans les cas de préjudice purement économique. Toutefois, il serait abusif d’exposer les défendeurs à une responsabilité indéterminée. Ceux-ci ne devraient pas être responsables de toutes les conséquences de leurs actes, même s’ils sont négligents. Les défendeurs devraient être responsables envers ceux auxquels ils causent directement un préjudice, mais pas envers tous ceux qui sont touchés en raison d’un rapport quelconque avec la partie lésée. Nous devons tous jusqu’à un certain point assumer le risque que des personnes avec lesquelles nous sommes associés subissent éventuellement un préjudice. Cette responsabilité commence là où celle du défendeur pourrait devenir indéterminée. Pour des raisons de principe et des raisons d’équité à l’égard des défendeurs, le droit doit refuser l’indemnisation des pertes économiques qui engen-

United States cases on the subject, so the question we face is starkly a policy one.

Relational losses usually create the possibility of indeterminate liability. Recovery of relational losses is therefore exceptional. In *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. v. The Dredge "Willemstad"* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), recovery for damage to the relational interest is acknowledged to be exceptional. The respondent also acknowledges that the recovery of relational losses is exceptional (respondent's factum, p. 6, at para. 1.1). As a matter of policy some limit on recovery of relational losses must exist to prevent indeterminate liability. The need for some limitation is recognized in *Rivtow* and acknowledged in *Kamloops*. Commentators also generally accept the need for a limitation, and also express a need for certainty so that commercial enterprises have some appreciation of what risk is to be borne by whom. See, for example, Smith, *Liability in Negligence* (1984), at p. 166; *Winfield and Jolowicz on Tort* (13th ed. 1989), at p. 86, and Fleming, *supra*, at pp. 162 *et seq.* Moreover it is clear that the civil law has developed some form of limitation through the use of concepts of foreseeability, although Jutras, *supra*, suggests that civil law may have gone too far in allowing compensation for pure economic loss which is not related to damage to a proprietary interest (at p. 311). Yet aside from the danger of indeterminate liability, there is no reason in principle that bars recovery of relational losses.

The Limit of Liability

Where do we draw the line? The decision in the courts below was very much influenced by the application of the doctrine of proximity. This elu-

drent la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Les appelants reconnaissent que ce raisonnement pratique est à l'origine de cette limitation lorsqu'ils invoquent la jurisprudence américaine sur le sujet, de sorte que la question dont nous sommes saisis est purement une question de principe.

Les pertes relationnelles engendrent habituellement la possibilité d'une responsabilité indéterminée. C'est pourquoi l'indemnisation des pertes relationnelles est exceptionnelle. Dans l'arrêt *Caltex Oil (Aust.) Pty. Ltd. c. The Dredge «Willemstad»* (1976), 11 A.L.R. 227 (H.C.), l'indemnisation du préjudice causé à l'intérêt relationnel est considérée comme exceptionnelle. En l'espèce, l'intimée reconnaît également la nature exceptionnelle de l'indemnisation des pertes relationnelles (mémoire de l'intimée, p. 6, au par. 1.1). Pour des raisons de principe, une certaine limite doit être imposée à l'indemnisation des pertes relationnelles si on veut éviter la responsabilité indéterminée. La nécessité d'une limite quelconque est reconnue dans les arrêts *Rivtow* et *Kamloops*. Les commentateurs reconnaissent aussi généralement la nécessité d'une limite et parlent aussi du besoin de certitude des entreprises commerciales qui doivent être en mesure d'évaluer jusqu'à un certain point quel est le risque et qui l'assumera. Voir, par exemple, Smith, *Liability in Negligence* (1984), à la p. 166, *Winfield and Jolowicz on Tort* (13^e éd. 1989), à la p. 86, ainsi que Fleming, *op. cit.*, aux pp. 162 et suiv. De plus, il est clair que le droit civil a développé une certaine forme de limitation en recourant aux notions de prévisibilité, quoique Jutras, *loc. cit.*, laisse entendre que le droit civil est peut-être allé trop loin en permettant l'indemnisation de la perte purement économique qui n'est pas reliée à un préjudice causé à un droit de propriété (à la p. 311). Toutefois, hormis le danger de la responsabilité indéterminée, il n'y a aucune raison d'interdire en principe l'indemnisation des pertes relationnelles.

La limite de responsabilité

Où tracer la ligne de démarcation? La décision des tribunaux d'instance inférieure s'explique dans une large mesure, par l'application de la théorie du

sive concept is both embraced and rejected by commentators on the law of negligence. It seems to be given a secondary role in *Anns* but a primary role in *Murphy*. It is a separate subject in some commentaries, omitted from the index of others except in the context of remoteness of damage. I express my reservations about the use of "proximity" as a test. In my view, proximity expresses a conclusion, a judgment, a result, rather than a principle. If a loss is not proximate, it may be said to be too remote. I am impressed by the criticism of the concept of proximity which has been expressed by commentators, such as McHugh, "Neighbourhood, Proximity and Reliance", in Finn, *supra*, at pp. 36-37, and by judges, such as Brennan J. in *San Sebastian Pty. Ltd. v. Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340 (Aust. H.C.), at p. 368. The concept of proximity is incapable of providing a principled basis for drawing the line on the issue of liability.

Rather than rely on the term "proximity", which figured in the judgments appealed from, I prefer to echo the approach of Mason J. in *Caltex, supra*, at p. 274, and address the rationale for disallowing economic losses consequent upon damage to property: "the apprehension of an indeterminate liability". A defendant will then be liable for economic damage due to his negligent conduct when he can reasonably foresee that a specific individual, as distinct from a general class of persons, will suffer financial loss as a consequence of his conduct.

In *Anns*, Lord Wilberforce formulated a general theory of tort liability on the basis of a two-stage test (at pp. 751-52). At the first stage, a *prima facie* duty of care is established by reasonable foreseeability of harm. At the second stage, the *prima facie* duty of care can be negated or reduced in scope by policy considerations. In *Kamloops*, this Court accepted the *Anns* formulation of tort liability

lien étroit. Cette notion fuyante est tour à tour adoptée et rejetée par les auteurs de commentaires sur le droit relatif à la négligence. Elle semble avoir joué un rôle secondaire dans l'arrêt *Anns*, mais un rôle de premier plan dans l'arrêt *Murphy*. Elle fait l'objet d'une rubrique distincte dans certains commentaires, sa mention est omise dans l'index d'autres, sauf dans le contexte de l'éloignement du dommage. J'ai des réserves quant à l'utilisation du «lien étroit» comme critère. À mon avis, la notion du lien étroit exprime une conclusion, un jugement, un résultat plutôt qu'un principe. Si une perte n'est pas immédiate, on peut dire qu'elle est trop éloignée. Je suis impressionné par les critiques qu'ont formulées à cet égard des commentateurs tels que McHugh, «Neighbourhood, Proximity and Reliance», dans Finn, *op. cit.*, aux pp. 36 et 37, et des juges comme le juge Brennan dans l'arrêt *San Sebastian Pty. Ltd. c. Minister Administering the Environmental Planning and Assessment Act 1979* (1986), 162 C.L.R. 340 (H.C. de l'Aust.), à la p. 368. La notion du lien étroit n'est pas susceptible de fournir une justification, fondée sur des principes, qui permette de définir l'étendue quant à la question de la responsabilité.

Plutôt donc que de m'appuyer sur l'expression «lien étroit» qui figure dans les jugements visés par le pourvoi, je préfère reprendre l'analyse que fait le juge Mason, à la p. 274 de l'arrêt *Caltex*, précité, et aborder la raison de refuser l'indemnisation des pertes économiques résultant d'un dommage matériel, savoir [TRADUCTION] «la crainte d'une responsabilité indéterminée». Un défendeur sera alors responsable du préjudice économique dû à sa négligence s'il pouvait raisonnablement prévoir qu'une personne en particulier, par opposition à une catégorie générale de personnes, subirait une perte financière du fait de sa conduite.

Dans l'arrêt *Anns*, lord Wilberforce a formulé, aux pp. 751 et 752, une théorie générale de la responsabilité délictuelle fondée sur un critère à deux étapes. Dans un premier temps, une obligation *prima facie* de diligence est établie par la prévisibilité raisonnable du préjudice. Dans un deuxième temps, cette obligation *prima facie* de diligence est réfutée ou voit sa portée réduite par des considéra-

ity. As Wilson J. expressed the *Anns* test in *Kamloops* (at pp. 10-11), two questions must be asked to determine whether or not a duty of care exists:

(1) is there a sufficiently close relationship between the parties . . . so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that person? If so,

(2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

Although in *Murphy* the House of Lords expressly overruled *Anns*, in my view this Court should not depart from the general formulation of duty of care which it accepted in *Kamloops*.

The line must be drawn by considering the policy concerns which underlie the need to limit the recovery of relational losses. The policy rationale which precludes recovery for most relational losses does not exist if there is no danger of indeterminate liability. There is no danger of indeterminate liability, and thus no policy reason to deny recoverability, when the defendant actually knows or ought to know of a specific individual or individuals, as opposed to a general or unascertained class of the public, who is or are likely to suffer a foreseeable kind of loss as a result of negligence by that defendant. For sake of convenience, this can be called the "known plaintiff" exception to the usual position that relational losses cannot be recovered for the policy reason that indeterminate liability could result.

With a known plaintiff, the scope of liability cannot become indeterminate. Liability is kept within a limited and determinate scope. The trial judge recognized that where there is a known plaintiff there is a restricted scope for recovery, and he cited the fact that the appellants actually

tions de principe. Dans l'arrêt *Kamloops*, notre Cour a accepté la notion de responsabilité délictuelle formulée dans l'arrêt *Anns*. Selon le juge Wilson qui a énoncé le critère de l'arrêt *Anns* dans l'affaire *Kamloops* (aux pp. 10 et 11), il faut se poser deux questions pour déterminer s'il existe une obligation de diligence:

(1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties [. . .] pour que [le défendeur ait] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,

(2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Bien que la Chambre des lords, dans l'arrêt *Murphy*, ait expressément infirmé l'arrêt *Anns*, notre Cour ne devrait pas, à mon avis, s'écarter de la formulation générale de l'obligation de diligence qu'elle a acceptée dans l'arrêt *Kamloops*.

Il faut définir l'étendue en tenant compte des considérations de principe qui sous-tendent le besoin de limiter l'indemnisation des pertes relationnelles. Il n'y a pas de raison de principe d'empêcher l'indemnisation de la plupart des pertes relationnelles s'il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée. Un tel danger n'existe pas, et il n'y a donc aucune raison de principe de refuser l'indemnisation, lorsque le défendeur sait effectivement ou devrait savoir qu'une ou des personnes en particulier, par opposition à une catégorie générale ou indéterminée de personnes, est ou sont susceptibles de subir une forme prévisible de perte du fait de sa négligence. Pour des motifs de commodité, on peut appeler cela l'exception du «demandeur connu» à la règle habituelle voulant qu'il ne puisse y avoir indemnisation des pertes relationnelles pour cette raison de principe qu'il pourrait en résulter une responsabilité indéterminée.

Lorsque le demandeur est connu, la portée de la responsabilité ne peut devenir indéterminée. Sa portée demeure, au contraire, limitée et déterminée. Le juge de première instance a admis que, lorsque le demandeur est connu, la portée de l'indemnisation est restreinte et il a mentionné,

knew that the respondent would be harmed by their negligence as one reason for allowing recovery (1989), 26 F.T.R. 81, at p. 100). In *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164 (C.A.), Denning L.J., as he then was, in a dissenting judgment which was approved by the House of Lords in *Hedley Byrne*, suggested that limiting liability to the known plaintiff would be a sufficient guard against indeterminate liability for negligent misstatement. Denning L.J. recognized a duty of care for negligent misstatement but "confined the duty to cases where the accountant prepares his accounts and makes his report for the guidance of the very person in the very transaction in question" (p. 183). Denning L.J. noted that this approach was sufficient to dispose of the case before him, but he expressly left open the possibility that there could be a duty of care to a specific class of individuals, as opposed to a specific individual. However, Denning L.J. did preclude the possibility of extending liability generally, as such an extension would create the indeterminate liability feared by Cardozo C.J.

The known plaintiff approach was also followed by Gibbs and Mason JJ. in *Caltex*. Gibbs J. would still find a general exclusionary rule to preclude recovery of pure economic loss but would find an exception where there is a duty of care and the defendant has knowledge or means of knowledge that the individual plaintiff, not a member of an unascertained class, will suffer loss as a result of the defendant's negligence. Mason J. began from a different perspective with respect to the exclusionary rule but came to essentially the same conclusion. He held that limitations on the recovery of economic loss should be related to the principal factor inhibiting the recognition of a general duty of care, namely the fear of indeterminate liability. He would require reasonable foreseeability that a specific individual, rather than a general class, will

comme l'un des motifs de permettre l'indemnisation, le fait que les appelants savaient effectivement que leur négligence causerait un dommage à l'intimée (1989), 26 F.T.R. 81, à la p. 100). Dans l'arrêt *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164 (C.A.), le lord juge Denning, tel était alors son titre, a fait valoir, dans une opinion dissidente approuvée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Hedley Byrne*, que, dans le cas d'un renseignement inexact fourni par négligence, la limitation de la responsabilité au demandeur connu constituerait une protection suffisante contre l'imposition d'une responsabilité indéterminée. Le lord juge Denning a reconnu l'existence d'une obligation de diligence lorsqu'il y a renseignement inexact fourni par négligence, mais il a [TRADUCTION] «confiné l'obligation aux cas où le comptable prépare ses états de compte et fait son rapport pour la gouverne de la personne intéressée à l'opération en cause» (p. 183). Il a souligné que cette analyse était suffisante pour régler le litige dont il était saisi, mais il a expressément laissé en suspens la possibilité qu'il existe une obligation de diligence envers une catégorie particulière de personnes, par opposition à une personne en particulier. Toutefois, le lord juge Denning a exclu la possibilité d'élargir le champ de la responsabilité en général, parce que cela engendrerait la responsabilité indéterminée que craignait le juge en chef Cardozo.

Les juges Gibbs et Mason ont également suivi la méthode du demandeur connu dans l'arrêt *Caltex*. Tout en continuant de reconnaître l'existence d'une règle générale d'exclusion interdisant l'indemnisation de la perte purement économique, le juge Gibbs conclurait à l'existence d'une exception lorsqu'il existe une obligation de diligence et que le défendeur sait ou est en mesure de savoir qu'en tant qu'individu, et non en tant que membre d'une catégorie indéterminée de personnes, le demandeur subira une perte du fait de sa négligence. Le juge Mason a abordé la règle d'exclusion sous un angle différent, mais il est arrivé essentiellement à la même conclusion. Il a décidé que les limites à l'indemnisation de la perte économique devraient être reliées au principal facteur qui empêche la reconnaissance d'une obligation générale de dili-

suffer economic loss as a result of negligence. In *Ross v. Caunters*, *supra*, the views of Gibbs and Mason JJ. were approved and applied. Recovery was held to be possible only if the defendant knew or ought to have known that negligence would injure the individual plaintiff, not merely as a member of an indeterminate or unascertained class.

However, there has not been unanimous approval of the known plaintiff approach. The approach was doubted in *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), at pp. 532-33, and expressly disapproved in *Candlewood*, *supra*, except with respect to actions for negligent misstatement. In *Candlewood* it was felt that the known plaintiff approach would not create a satisfactory control mechanism with reasonable certainty.

I cannot agree with this conclusion. While the known plaintiff approach may not be an adequate final limit on recovery of relational economic loss, it would seem that the known plaintiff rule at least precludes the threat of indeterminate liability. The effectiveness of the known plaintiff rule can be demonstrated by comparing *Ross v. Caunters* with *Clarke v. Bruce Lance & Co.*, [1988] 1 All E.R. 364 (C.A.). In *Ross*, the court recognized that a solicitor is liable to a disappointed beneficiary under a will when negligence in the preparation of the will invalidates the bequest. In *Clarke*, the court held that when advising a testator a solicitor does not owe a duty of care to the general body of legatees who could be affected by the testator's actions. A duty of care to the general body of legatees would create the possibility of indeterminate liability. In *Clarke*, the court found no duty of care because the solicitor cannot be expected "to contemplate the plaintiff as a person likely to be affected by any lack of care" (p. 369). Thus the known plaintiff rule was used in *Ross* to permit

gence, à savoir la crainte d'une responsabilité indéterminée. Le juge Mason exigerait qu'il soit raisonnablement prévisible qu'une personne en particulier, plutôt qu'une catégorie générale de personnes, subira une perte économique du fait de la négligence. Les opinions des juges Gibbs et Mason ont été approuvées et appliquées dans l'arrêt *Ross c. Caunters*, précité. On y a statué que l'indemnisation n'était possible que si le défendeur savait ou aurait dû savoir que sa négligence causerait un préjudice au demandeur en tant qu'individu et non simplement en tant que membre d'une catégorie indéterminée de personnes.

Cependant, la méthode du demandeur connu n'a pas fait l'unanimité. Elle a été mise en doute dans l'arrêt *Junior Books Ltd. c. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 520 (H.L.), aux pp. 532 et 533, et a été expressément désavouée dans l'arrêt *Candlewood*, précité, sauf en ce qui concerne les actions pour renseignement inexact fourni par négligence. Dans *Candlewood*, on a estimé que la méthode du demandeur connu ne permettrait pas de créer, avec une certitude raisonnable, un mécanisme de contrôle satisfaisant.

Je ne puis souscrire à cette conclusion. Bien que la règle du demandeur connu ne constitue peut-être pas une limite définitive appropriée à l'indemnisation de la perte économique relationnelle, il semblerait que cette règle dissipe à tout le moins la menace de responsabilité indéterminée. L'efficacité de la règle du demandeur connu peut être démontrée si on compare les arrêts *Ross c. Caunters* et *Clarke c. Bruce Lance & Co.*, [1988] 1 All E.R. 364 (C.A.). Dans l'arrêt *Ross*, la cour a reconnu qu'un avocat est responsable envers un légataire déçu, lorsque la négligence dont il a fait preuve dans la préparation d'un testament a pour effet d'invalidier le legs. Dans l'arrêt *Clarke*, le tribunal a jugé qu'en conseillant un testateur, l'avocat n'a pas d'obligation de diligence envers l'ensemble des légataires susceptibles d'être touchés par les actes du testateur. L'existence d'une obligation de diligence envers l'ensemble des légataires engendrerait la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Dans l'arrêt *Clarke*, le tribunal a conclu à l'inexistence d'une obligation de dili-

recovery where there was no danger of indeterminate liability, and used in *Clarke* to deny recovery where there was a danger of indeterminate liability.

It is not necessary, for the purposes of this appeal, to determine where the precise limit to recovery of relational losses lies. This limit has vexed courts for many years and a precise limit may be impossible to express. Nonetheless, the known plaintiff approach does provide an appropriate basis for excluding the relational loss exclusionary rule. There is no danger of indeterminate liability when the defendant actually knows or ought to know of an identifiable plaintiff, as opposed to a general or unascertained class of the public, who is or are likely to suffer loss as a result of negligence by that defendant. There is accordingly no policy reason for excluding recovery for such a relational loss. There may be other exceptions. For example, it might be possible to permit recovery to a known specific class of plaintiffs, rather than a known individual plaintiff, without creating the possibility of indeterminate liability. Relational losses should be recoverable wherever the policy concern about indeterminate liability does not apply. At the very least, this policy concern does not apply where the defendant knows or ought to know of the specific plaintiff who is likely to be harmed.

Disposition

Viewed in this light the question in this case becomes: as a matter of policy is this foreseeable consequence of negligent navigation to be compensable? More specifically, is there a danger of indeterminate liability? On one hand, we have the genuine concern that losses are not out of proportion to the neglect, that some losses fall where they

gence parce qu'on ne peut s'attendre à ce que l'avocat [TRADUCTION] «considère le demandeur comme une personne susceptible d'être touchée par un manque de diligence» (p. 369). Ainsi, la règle du demandeur connu a été utilisée, dans l'arrêt *Ross*, pour permettre l'indemnisation lorsqu'il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée et, dans l'arrêt *Clarke*, pour refuser l'indemnisation devant un tel danger.

Il n'est pas nécessaire, aux fins du présent pourvoi, de déterminer avec précision la limite de l'indemnisation des pertes relationnelles. Cette question fait l'objet d'une controverse jurisprudentielle depuis de nombreuses années et il peut s'avérer impossible de formuler une limite précise. Néanmoins, la méthode du demandeur connu fournit un bon motif d'écarter la règle d'exclusion de la perte relationnelle. Il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée lorsque le défendeur sait effectivement ou devrait savoir qu'un demandeur identifiable, par opposition à une catégorie générale ou indéterminée de personnes, est susceptible de subir une perte du fait de sa négligence. Il n'existe, par conséquent, aucune raison de principe d'exclure l'indemnisation d'une telle perte relationnelle. Il se peut qu'il y ait d'autres exceptions. Par exemple, on pourrait peut-être permettre l'indemnisation à une catégorie particulière connue de demandeurs plutôt qu'à un demandeur individuel connu, sans engendrer la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Il devrait y avoir indemnisation des pertes relationnelles dans tous les cas où il n'y a pas lieu, en principe, de se préoccuper de la possibilité d'une responsabilité indéterminée. Or, on peut affirmer à tout le moins que cette préoccupation n'existe pas lorsque le défendeur sait ou devrait savoir que le demandeur particulier est susceptible de subir un préjudice.

Dispositif

Dans cette perspective, la question qui se pose en l'espèce devient la suivante: cette conséquence prévisible de la navigation fautive peut-elle, en principe, donner lieu à dédommagement? Plus précisément, y a-t-il un danger de responsabilité indéterminée? D'une part, il est légitime de vouloir s'assurer que les pertes ne soient pas disproportion-

lie. On the other, we have the principle that a person who acts carelessly should be called upon to provide compensation as between himself or herself and an innocent party.

The appellants do not deny that the respondent's loss was foreseeable or that the other usual elements necessary to found a liability in negligence were present. One navigating near a bridge would ordinarily realize that damage to the bridge structure will cause damage to the users of the bridge. To use Lord Atkins' question: ought this particular plaintiff have been in the contemplation of these defendants? Ought this class of plaintiff, a known bridge user, a person with a contractual right to use the bridge be in contemplation? The answer is affirmative.

Viewed in this way this case becomes somewhat easier to decide in that one cannot readily see a policy reason for excluding liability. The loss was identifiable, the victim identifiable, the damage almost inevitable. The defendants ought to have known that the plaintiff would suffer economic loss as a result of their negligence. In fact, they even had actual knowledge that such a loss would occur. They even knew of the precise manner in which this plaintiff would be harmed. Would we deny recovery in such a case? Liability would in no way be out of proportion with the neglect. There is no danger of indeterminate liability.

The plaintiff here builds upon the breach of a duty of care to property. It does not assert any duty to protect its contractual relationships, which would raise a question of the relative duties and rights in such situations, discussed in *Cattle v. Stockton* itself. It hinges its argument upon the recognition that the class of plaintiffs needs to be limited: see *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466, at p. 483, and *Kamloops*, *supra*, at p. 35. It is therefore unnecessary, for the purposes of this case, to determine whether or not interference with con-

tionnées à la négligence. D'autre part, il y a le principe selon lequel celui qui agit de façon négligente devrait être appelé à indemniser la partie innocente.

^a

Les appelants ne nient pas le caractère prévisible de la perte subie par l'intimée ni la présence des autres éléments habituellement nécessaires à l'établissement de la responsabilité pour négligence. Celui qui navigue près d'un pont sera ordinairement conscient que le dommage causé à la structure du pont causera aussi un préjudice à ceux qui l'utilisent. Pour reprendre la question de lord Atkins, les défendeurs en l'espèce auraient-ils dû prévoir que la demanderesse subirait un préjudice? Aurait-on dû prévoir qu'un demandeur de cette catégorie, un usager connu du pont, c'est-à-dire une personne ayant un droit contractuel d'utiliser le pont, subirait un préjudice? La réponse est affirmative.

^d

Sous cet angle, il devient un peu plus facile de statuer sur la présente affaire étant donné qu'il est difficile de déceler une raison de principe d'exclure la responsabilité. La perte était identifiable, la victime était identifiable et le dommage, presque inévitable. Les défendeurs auraient dû savoir que la demanderesse subirait une perte économique du fait de leur négligence. En réalité, ils savaient effectivement qu'une telle perte surviendrait. Ils savaient même précisément comment la demanderesse serait lésée. Devrions-nous refuser l'indemnisation en pareil cas? La responsabilité ne serait aucunement disproportionnée à la négligence. Il n'y a pas de danger de responsabilité indéterminée.

^h

La demanderesse se fonde ici sur le manquement à une obligation de diligence envers des biens. Elle n'invoque aucun devoir de protéger ses rapports contractuels, ce qui soulèverait la question, examinée dans la décision *Cattle c. Stockton* elle-même, des obligations et des droits y relatifs dans de telles situations. Son argumentation repose sur la reconnaissance de la nécessité de limiter la catégorie des demandeurs: voir les arrêts *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466, à la p. 483, et *Kamloops*, précité, à la p. 35. Il n'est donc pas nécessaire, aux fins de l'espèce, de déterminer si l'atteinte aux obligations contractuelles peut donner

tractual duties can give rise to a duty of care in tort.

The question in this case may be viewed as one of who bears the risk of loss. Is the risk of loss borne by the plaintiff, who has no definable proprietary interest, or the defendants who must have foreseen that the plaintiff would sustain a loss of use? Policy or pragmatic considerations might justify a consideration of insurability, but that would entail empirical studies not available to us. This is one of the rare situations in which the law reform bodies have not undertaken studies that might assist in answering the question of who is better able to carry on or pass on the risk. In a case such as this one we might ask whether the carriers or the barge operators ought to carry the risk—the users or consumers of one product or the other?

In my view, the plaintiff was and ought to have been within the contemplation of the crew operating the tug. Economic loss to the plaintiff was foreseeable, in no way indeterminate or uncertain. Its nature and extent were almost predictable. The specific plaintiff was actually foreseen by the defendants. I see no policy rationale for excluding liability on the facts of this case.

I would therefore dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LA FOREST, SOPINKA and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Campney & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McEwen, Schmitt & Co., Vancouver.

lieu à une obligation de diligence en matière délictuelle.

La question qui se pose en l'espèce peut se ramener à celle-ci: qui assume le risque de perte? Est-ce la demanderesse, qui n'a aucun droit de propriété identifiable, ou les défendeurs qui doivent avoir prévu que la demanderesse subirait une perte d'usage? Des considérations de principe ou pratiques pourraient justifier un examen de la question du caractère assurable, mais cela nécessiterait des études empiriques dont nous ne disposons pas en l'espèce. Il s'agit d'un des rares cas où les organismes chargés de la réforme du droit n'ont pas fait d'études susceptibles de nous aider à déterminer qui est le mieux en mesure d'assumer ou de faire assumer le risque. Dans une affaire comme celle qui nous occupe, nous pourrions nous demander qui, des transporteurs ou des conducteurs de chaland, doit assumer le risque—les utilisateurs ou les consommateurs d'un produit ou de l'autre?

À mon avis, l'équipage du remorqueur a prévu et aurait dû prévoir que la demanderesse subirait un préjudice. La perte économique qu'elle a subie était prévisible et nullement indéterminée ou incertaine. Sa nature et sa portée étaient presque prévisibles. Les défendeurs ont effectivement prévu que la demanderesse subirait un préjudice. Vu les faits de l'espèce, je ne vois aucune raison de principe d'écarter la responsabilité.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LA FOREST, SOPINKA et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs des appelants: Campney & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: McEwen, Schmitt & Co., Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review — Remedies — Discretion — Alberta building dam on Oldman River — Dam affecting areas of federal responsibility such as navigable waters and fisheries — Environmental group applying for certiorari and mandamus in Federal Court to compel Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans to comply with federal environmental guidelines order — Applications dismissed on grounds of unreasonable delay and futility — Whether Court of Appeal erred in interfering with motions judge's discretion not to grant remedy sought.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT), 3.

2. Natural justice — Right to be heard — Public Service — Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recommending security clearance — Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Candidate not given hearing by Deputy Minister — Whether denial of natural justice.

THOMSON V. CANADA (DEPUTY MINISTER OF AGRICULTURE), 385.

3. Apprehension of bias — Policy-making board — Board member expressing strong views as to issue board considering — Decision made after Board declined to remove member from panel — Extent to which an administrative board member may comment on matters before the board — Whether reasonable apprehension of bias — If so, whether decision void or merely voidable.

NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO. V. NEWFOUNDLAND (BOARD OF COMMISSIONERS OF PUBLIC UTILITIES), 623.

4. Natural justice — Fair hearing — Security Intelligence Review Committee considering whether permanent resident involved with organized crime — Part of Committee hearing in camera — Background material and summary of proceedings provided — Finding of involvement with organized crime barring appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds.

CHIARELLI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 711.

5. Natural justice — Independence of members of Quebec Commission des affaires sociales — Institutionalized consultation procedure — Draft decisions systematically sent to Commission's legal counsel for verification and consultation — Plenary meeting requested in certain cases by commissioners responsible for making decision or by president of Commission to discuss a given

ADMINISTRATIVE LAW—Concluded

question — Meetings held so as to arrive at a consensus: voting, taking of attendance and keeping of minutes — Whether consultation process created by Commission consistent with rules of natural justice — An Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34, s. 10.

TREMBLAY V. QUEBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES), 952.

6. Natural justice — Appearance of bias — *Audi alteram partem* — Quebec Commission des affaires sociales — Unanimous draft decision prepared by two commissioners present at hearing reviewed by Commission president who proposed a contrary opinion — Convening of plenary meeting of Commission to discuss question of law raised — Disagreement among commissioners responsible for making decision following meeting — Question decided by president — Whether active role played by president violates rules of natural justice — An Act respecting the Commission des affaires sociales, R.S.Q., c. C-34, s. 10.

TREMBLAY V. QUEBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES), 952.

APPEAL

Role of appellate court — Trial judge finding doctor not liable for professional negligence — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

LAPOINTE V. HÔPITAL LE GARDEUR, 351.

ARMED FORCES

Service offences — Absence without leave — Mens rea — Officer not reporting to new posting and charged with being absent without leave — Officer honestly believing that she had resigned from Armed Forces — Honest mistake about legal consequences of her actions not a defence to charge — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 90, 150.

R. V. FORSTER, 339.

CIVIL PROCEDURE

1. Appeal — Incidental appeal — Appearance and declaration of incidental appeal filed with trial court office instead of Appeal Office — Motion for special leave to file appearance and declaration with Appeal Office made to Court of Appeal two years after trial judgment — Whether arts. 2 and 502 C.C.P. applicable — If not, whether Court of Appeal could exercise its discretionary power under art. 523 C.C.P. to correct defect in inscription of incidental appeal — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 494, 499, 500, 502, 523.

QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) V. SERVICES DE SANTÉ DU QUÉBEC, 426.

2. Production of documents — Medical records — Form signed by insured at time of life insurance application authorizing insurer to have access to his medical records “for purposes of risk assessment and loss analysis” — Insurer investigating cause of insured’s death — Hospital refusing insurer access to insured’s medical records — Application of art. 402 C.C.P. — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.

FRENETTE V. METROPOLITAN LIFE INSURANCE CO., 647.

CIVIL RESPONSIBILITY

1. Medical malpractice — Child severing artery and suffering extensive blood loss — Doctor at general hospital arranging to transfer child to paediatric hospital — Child later suffering cardio-respiratory arrest resulting in brain damage — Trial judge finding doctor not negligent — Court of Appeal reversing judgment — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

LAPOINTE V. HÔPITAL LE GARDEUR, 351.

2. Hospital — Action against doctor and hospital — No fault on part of doctor — Action against hospital dismissed.

LAPOINTE V. HÔPITAL LE GARDEUR, 382.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Distribution of legislative powers — Environment — Environmental assessment — Whether federal environmental guidelines order *intra vires* Parliament — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT), 3.

2. Charter of Rights — Right to impartial tribunal — Jury selection — Crown’s right to stand jurors aside — Peremptory challenges — Whether s. 563 of the Criminal Code inconsistent

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

with s. 11(d) — If so, whether saved by s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 562(1), (2), (3), 563(1), (2), (3), 567(1)(a), (b), (c), (e), (f), (2), 570(1), (2).

R. v. BAIN, 91.

3. Charter of Rights — Right to counsel — Accused wishing to know if lawyer hired — Accused asked if father had telephoned — Question answered literally by police and accused not told that lawyer hired by his father — Accused interviewed and statements made — Whether or not statements admissible — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 10(b).

R. v. BAIN, 91.

4. Language guarantees — Scope of s. 23 of Manitoba Act, 1870 — Instruments of legislative nature — Whether s. 23 applicable to certain types of orders in council and to documents incorporated by reference in legislation — Whether orders in council fall within phrase “Records and Journals” of legislature in s. 23 — Criteria for determining legislative nature — Extension of time period for compliance with s. 23 — Period of temporary validity extended — Retroactivity — Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3, s. 23.

REFERENCE RE MANITOBA LANGUAGE RIGHTS, 212.

5. Charter of Rights — Application — Courts martial — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether s. 11 of Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to General Court Martial proceedings — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

R. v. GÉNÉREUX, 259.

6. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — General Court Martial — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether structure of General Court Martial infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

R. v. GÉNÉREUX, 259.

7. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to be tried by independent and impartial tribunal — Member of Canadian Armed Forces tried by General Court Martial on narcotics and desertion charges — Whether General Court Martial an independent and impartial tribunal — Whether s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms offers greater protection than s. 11(d) of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

R. v. GÉNÉREUX, 259.

8. Charter of Rights — Equality before the law — Military personnel — Member of Canadian Armed Forces charged with

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

narcotics offences and tried before military tribunal under National Defence Act — Civilian charged with same offences entitled to trial before ordinary criminal court — Whether trial by military tribunal infringed s. 15 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 130.

R. v. GÉNÉREUX, 259.

9. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Narcotics found following search of accused's home — Procedure for obtaining search warrant unacceptable — Accused's right against unreasonable search infringed — Whether narcotics evidence should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. GÉNÉREUX, 259.

10. Charter of Rights — Independent and impartial tribunal — General Court Martial — Member of Canadian Armed Forces charged with being absent without leave and tried by General Court Martial — Whether structure of General Court Martial infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 166 to 170.

R. v. FORSTER, 339.

11. Division of powers — Insurance — Life insurance agents association incorporated by federal statute conferring a title — Power to regulate activity provincial — Conferring and holding of a title a neutral act and not necessarily tied to regulation of a profession and therefore not constrained by division of powers — Act to incorporate The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, c. 104, s. 2(e).

LIFE UNDERWRITERS ASSN. OF CANADA v. PROVINCIAL ASSN. OF QUEBEC LIFE UNDERWRITERS, 449.

12. Freedom of expression — Obscenity — Obscene materials — Whether definition of obscenity in Criminal Code infringes freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).

R. v. BUTLER, 452.

13. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Electronic surveillance — Tracking devices — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Whether use of device infringed accused's right to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. WISE, 527.

14. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

his whereabouts — Accused's right to be secure against unreasonable search and seizure infringed — Whether admission of evidence so obtained would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. WISE, 527.

15. Language guarantees — Instruments of legislative nature — Quebec legislation amalgamating two cities — Legislative process divided into a series of discrete steps — Whether all instruments, from ministerial order postponing municipal elections to notification of the issuance of letters patent for new city, must comply with s. 133 of Constitution Act, 1867 — An Act respecting the cities of Rouyn and Noranda, S.Q. 1985, c. 48.

SINCLAIR v. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 579.

16. Charter of Rights — Court of competent jurisdiction — Preliminary inquiry — Judge presiding at preliminary inquiry having no jurisdiction to decide whether legislation violates Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

R. v. MOORE, 619.

17. Charter of Rights — Right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Deportation of permanent resident convicted of serious crime — Appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds barred if Security Intelligence Review Committee finding involvement with organized crime — Summary provided of Committee's in camera proceedings — Whether infringement of s. 7 right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

CHIARELLI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 711.

18. Charter of Rights — Cruel and unusual punishment or treatment — Deportation of permanent resident convicted of serious crime — Whether infringement of s. 12 right to freedom from cruel and unusual punishment or treatment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12.

CHIARELLI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 711.

19. Charter of Rights — Equality rights — Deportation of permanent resident convicted of serious crime — Appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds barred if Security Intelligence Review Committee finding involvement with organized crime — Whether infringement of s. 15 right to equal benefit before and under the law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.

CHIARELLI v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 711.

CONSTITUTIONAL LAW—Continued

20. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 14½ months between accused's arrest and trial — Delay caused solely by limits on institutional resources — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. MORIN, 771.

21. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 13 months between accused's arrest and trial — Whether right to be tried within reasonable time infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. SHARMA, 814.

22. Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Whether trial judge erred in excluding narcotics evidence under s. 24(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. DUNCANSON, 836.

23. Charter of Rights — Presumption of innocence — Legislation creating strict liability offence — Restriction on presumption of innocence justifiable — Export and Import Permits Act, R.S.C. 1970, c. E-17, s. 13 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d).

R. v. MARTIN, 838.

24. Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Statutory defence and common law defence of due diligence to be established by accused on balance of probabilities — Restriction on presumption of innocence justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Occupational Health and Safety Act, R.S.O. 1980, c. 321, s. 37(1), (2).

R. v. ELLIS-DON LTD., 840.

25. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay of 19 months in bringing accused to trial owing to lack of court facilities — Whether corporation can rely on guarantee of trial within a reasonable time — If so, whether delay unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. v. CIP INC., 843.

26. Charter of Rights — Criminal law — Criminal contempt of court — Directives of provincial tribunal filed in superior court as orders of that court — Union breached these orders and held in criminal contempt — Whether union had the status to be found in criminal contempt — Whether the offence of criminal contempt violated Charter — Whether a directive of a provincial board filed in superior court gave rise to criminal contempt.

UNITED NURSES OF ALBERTA v. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 901.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

27. Charter of Rights — Protections availing accused on criminal law trial — Cross-examination — Right to cross-examine on certain affidavits refused because accused unable to establish relevancy of cross-examination in advance — Whether the proceedings violated the Charter because the union was not permitted to cross-examine on the affidavits.

UNITED NURSES OF ALBERTA v. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 901.

28. Charter of Rights — Fundamental justice — Right to silence — Evidence of accused's conversation with constable — Court of Appeal's order to admit evidence not violating accused's s. 7 right to silence — New trial properly ordered — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

R. v. VAN HAARLEM, 982.

29. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Stays of proceedings ordered by Superior Court judge quashed.

R. v. PASINI, 1018.

CONTEMPT OF COURT

Milgaard Reference — Witness — Perjury — Contempt proceedings stayed.

REFERENCE RE MILGAARD (CAN.), 875.

COURTS

Administrative tribunals — Confidentiality of deliberations — Objections by Quebec Commission des affaires sociales to questions from social aid recipient concerning formal consultation process set up by Commission — Whether objections to evidence based on deliberative secrecy should be dismissed.

TREMBLAY v. QUEBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES), 952.

CRIMINAL LAW

1. Jury selection — Crown's right to stand jurors aside — Peremptory challenges — Whether s. 563 of the Criminal Code inconsistent with s. 11(d) — If so, whether saved by s. 1.

R. v. BAIN, 91.

2. Disorderly conduct — Causing disturbance — Accused shouting obscenities at neighbour — Meaning of "disturbance" —

CRIMINAL LAW—Continued

Whether accused caused a disturbance in public place — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 175(1)(a)(i).

R. v. LOHNES, 167.

3. Obscenity — Obscene materials — Whether definition of obscenity in Criminal Code infringes freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).

R. v. BUTLER, 452.

4. Electronic surveillance — Tracking devices — Police installing unauthorized electronic tracking device in accused's car to monitor his whereabouts — Whether use of device infringed guarantee against unreasonable search and seizure in s. 8 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether admission of evidence so obtained would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of Charter.

R. v. WISE, 527.

5. Procedures — Joinder — Summary conviction offence and indictable offence in separate informations tried together with consent — Whether proceedings constituted two separate trials with the evidence in one trial applying in the other trial — Whether a court has jurisdiction to try two separate informations in a single trial — Whether a summary conviction offence and an indictable offence can be properly joined and tried together — Whether the proceedings constituted a procedural irregularity, and if so, whether s. 686(1)(b)(iv) of the Criminal Code could be applied to uphold a conviction — Criminal Code, R.S.C., 1985, ss. 591, 686(1)(b)(iv).

R. v. CLUNAS, 595.

6. Demand for blood samples — Whether demand must incorporate assurances that blood samples will only be taken by or under direction of qualified medical practitioner and that taking of samples will not endanger person's life or health — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 254(3), (4), (5).

R. v. GREEN, 614.

7. Preliminary inquiry — Jurisdiction — Judge presiding at preliminary inquiry having no jurisdiction to decide whether legislation violates Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

R. v. MOORE, 619.

8. Committal for trial — Some evidence upon which accused could be committed for trial on charge of unlawful confinement — Accused's application to quash committal order properly dismissed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 279(3).

R. v. MOORE, 619.

CRIMINAL LAW—Continued

9. Violation of Quebec Highway Safety Code — Vehicle found to be carrying excess load when weighed — Approved scale — Proof.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. TRANSPORT G. COURCHESNE INC., 621.

10. Theft — Conversion — Accused's company paid twice for same services — Accused aware that second cheque issued by mistake — Accused depositing second cheque in company's account and writing cheques to himself — Whether accused guilty of theft — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322(1).

R. v. MILNE, 697.

11. Young offenders — Accused found guilty of uttering threats — Court of Appeal directing verdict of acquittal — Whether youth court may decline to enter verdict of guilty on ground that charge should never have been laid — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(1), 19(2).

R. v. T. (V.), 749.

12. Murder — Youth convicted of murder in 1970 — Fresh evidence — Reference to Supreme Court of Canada in 1991 — Whether accused's continued conviction constitutes miscarriage of justice — Guidelines applied by Court in making determination.

REFERENCE RE MILGAARD (CAN.), 866.

13. Criminal contempt of court — Directives of provincial tribunal filed in superior court as orders of that court — Union breached these orders and held in criminal contempt — Whether union had the status to be found in criminal contempt — Whether the offence of criminal contempt violated Charter — Whether a directive of a provincial board filed in superior court gave rise to criminal contempt — Labour Relations Act, R.S.A. 1980, c. L-1.1, s. 142(7) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7, 11(a), (g) — Constitution Act, 1867, s. 96 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

UNITED NURSES OF ALBERTA v. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 901.

14. Evidence — Charge of sexually assaulting child — Standard of proof — Child witness — Credibility.

R. v. M. (W.H.), 984.

15. Trial — Addresses to jury — Accused charged with murder — Murder weapon found in accused's car — Defence counsel incorrectly summarizing evidence concerning access to accused's car in his address to jury — Defence counsel's errors not corrected in trial judge's charge — Accused's acquittal set aside by Court of

CRIMINAL LAW—Concluded

Appeal and new trial ordered — Verdict would not have been necessarily the same if evidence had been correctly summarized.

R. V. NEVERSON, 1014.

CROWN

Immunity — Provinces — Whether Crown in right of province bound by provisions of Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22 — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 17.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT), 3.

EMPLOYMENT LAW

Dismissal without cause — Notice — Employment contracts providing for notice periods less than statutory minimum — Contractual provisions null and void — Whether employees entitled to reasonable notice or to statutory minimum — Employment Standards Act, R.S.O. 1980, c. 137, ss. 3, 4, 6, 40(1)(c), (7)(a).

MACHTINGER V. HOJ INDUSTRIES LTD., 986.

ENVIRONMENTAL LAW

1. Environmental assessment — Statutory validity of federal environmental guidelines order — Whether guidelines order authorized by s. 6 of Department of the Environment Act — Whether guidelines order inconsistent with Navigable Waters Protection Act — Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, s. 6 — Navigable Waters Protection Act, R.S.C., 1985, c. N-22, ss. 5, 6 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT), 3.

2. Environmental assessment — Applicability of federal environmental guidelines order — Alberta building dam on Oldman River — Dam affecting areas of federal responsibility such as navigable waters and fisheries — Whether guidelines order applicable only to new federal projects — Whether Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans must comply with guidelines order — Department of the Environment Act, R.S.C., 1985, c. E-10, ss. 4(1)(a), 5(a)(ii), 6 — Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, ss. 2 "proposal", "initiating department", 6 — Navigable Waters Protection Act,

ENVIRONMENTAL LAW—Concluded

R.S.C., 1985, c. N-22, s. 5 — Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 35, 37.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT), 3.

EVIDENCE

Admissibility — Infringement of right to counsel — Accused interviewed and statements made — Whether or not statements admissible.

R. V. BAIN, 91.

FAMILY LAW

1. Compensatory allowance — Discretion — Divorce — Family residence owned by wife — Hypothecary loan repaid by husband — Claim for compensatory allowance dismissed — No reason to vary trial judge's findings — Court of Appeal's intervention unwarranted — Civil Code of Quebec, art. 559.

M. (M.E.) V. L. (P.), 183.

2. Compensatory allowance — Approach to be taken in considering facts — Additional criteria for obtaining compensatory allowance — Nature of contributions to enrichment of spouse's patrimony — Effects of contracts concluded between parties — Civil Code of Quebec, art. 559.

M. (M.E.) V. L. (P.), 183.

3. Compensatory allowance — Family residence purchased jointly by spouses but paid for by husband — Claim for compensatory allowance dismissed — No reason to vary trial judge's finding — Court of Appeal's intervention unwarranted.

T. (K.N.) V. P. (G.R.), 210.

HOSPITALS

Medical records — Confidentiality — Form signed by insured at time of life insurance application authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Whether hospital should give insurer access to insured's medical records — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.

FRENETTE V. METROPOLITAN LIFE INSURANCE CO., 647.

IMMIGRATION

Deportation — Permanent resident convicted of serious offence and ordered deported — Appeal to Immigration Appeal Board on compassionate grounds barred if Security Intelligence Review Committee finding involvement with organized crime — Summary provided of Committee's in camera proceedings — Whether infringement of s. 7 right to liberty and right not to be deprived thereof except in accordance with principles of fundamental justice — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, ss. 4(2), 19(1)(d)(ii), 27(1)(d)(i), (ii), (3), (4), 32(2), 72(1)(a), (b), 82.1(1), (2)(a), (c), (3), (4), (5), (6)(a), (b), 83(1)(a), (2).

CHIARELLI V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 711.

INCOME TAX

Exemptions — Regular and enhanced unemployment insurance benefits received by Indian residing on reserve — Indian qualifying for benefits for work done on reserve — Test for situs of unemployment insurance benefits — Whether benefits exempt from tax under Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1970, c. 1-6, s. 87 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(a)(iv).

WILLIAMS V. CANADA, 877.

INDIANS

Taxation — Exemptions — Regular and enhanced unemployment insurance benefits received by Indian residing on reserve — Indian qualifying for benefits for work done on reserve — Test for situs of unemployment insurance benefits — Whether benefits exempt from tax under Indian Act — Indian Act, R.S.C. 1970, c. 1-6, s. 87 — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(1)(a)(iv).

WILLIAMS V. CANADA, 877.

INSURANCE

Life insurance — Interpretation of contract — Insurer's right of access to insured's medical records — Form signed by insured at time of life insurance application authorizing insurer to have access to his medical records "for purposes of risk assessment and loss analysis" — Insurer investigating cause of insured's death — Whether insured waived right to confidentiality of medical records — If so, whether hospital should give insurer unrestricted access to insured's medical records — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9 — Act Respecting Health Services and Social Services, R.S.Q., c. S-5, ss. 7, 8.

FRENETTE V. METROPOLITAN LIFE INSURANCE CO., 647.

PHYSICIANS AND SURGEONS

Medical malpractice — Child severing artery and suffering extensive blood loss — Doctor at general hospital arranging to transfer child to paediatric hospital — Child later suffering cardio-respiratory arrest resulting in brain damage — Trial judge finding doctor not negligent — Court of Appeal reversing judgment — Whether Court of Appeal erred in overturning findings of fact.

LAPOINTE V. HÔPITAL LE GARDEUR, 351.

PRACTICE

Re-hearing — Counsel for appellants not present when matter heard — Procedure for setting hearing dates — No duty on Court to inform counsel of hearing dates — Counsel failing to carry out duty to ascertain inscribed date — Re-hearing granted as matter of indulgence — Granting of motion not a precedent — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 51.

LEFEBVRE V. HOJ INDUSTRIES LTD., 831.

PUBLIC SERVICE

Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recommending security clearance — Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Whether Deputy Minister required to follow Committee's recommendation — Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21, ss. 42, 52(1), (2).

THOMSON V. CANADA (DEPUTY MINISTER OF AGRICULTURE), 385.

STANDING

Public interest group — Immigration Act amendments making provisions with respect to determination of refugee status more stringent — Public interest group active in work amongst refugees and immigrants — Action commenced to challenge constitutionality of Act under the Charter — Whether standing should be granted to challenge provisions — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

CANADIAN COUNCIL OF CHURCHES V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 236.

STATUTES

Interpretation — Public Service — Security clearance — Successful candidate denied requisite security clearance — Security Intelligence Review Committee recommending security clearance

STATUTES—Concluded

— Deputy Minister refusing to follow Committee's recommendation — Meaning of word "recommendations" in Canadian Security Intelligence Service Act.

THOMSON V. CANADA (DEPUTY MINISTER OF AGRICULTURE),
385.

TORTS

Negligence — Economic loss — Railway bridge owned by Crown damaged by barge — Bridge used by railways under contract — Bridge owner recovering damages from defendants —

TORTS—Concluded

Railways unable to recover economic losses from bridge owner — Whether or not defendants liable to railways using bridge for economic loss.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. V. NORSE PACIFIC
STEAMSHIP CO., 1021.

INDEX

APPEL

Rôle d'une cour d'appel — Le juge de première instance a statué que le médecin n'était pas responsable de négligence professionnelle — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?

LAPOINTE C. HÔPITAL LE GARDEUR, 351.

ASSURANCE

Assurance-vie — Interprétation du contrat — Droit d'accès de l'assureur aux dossiers médicaux de l'assuré — Signature par l'assuré, au moment de la proposition d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux "aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres" — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — L'assuré a-t-il renoncé à son droit à la confidentialité de ses dossiers médicaux? — Dans l'affirmative, l'hôpital devrait-il donner à l'assureur un accès illimité aux dossiers médicaux de l'assuré? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.

FRENETTE C. MÉTROPOLITAINE (LA), CIE D'ASSURANCE-VIE, 647.

COURONNE

Immunité — Provinces — La Couronne du chef de la province est-elle liée par les dispositions de la Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 17.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS), 3.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire — Redressements — Pouvoir discrétionnaire — Construction d'un barrage par l'Alberta sur la rivière Oldman — Barrage touchant des domaines de compétence fédérale comme les eaux navigables et les pêches — Groupe environnemental, par demande de bref de certiorari et de bref de mandamus

DROIT ADMINISTRATIF—Suite

à la Cour fédérale, cherche à forcer le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans à se conformer au décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Demandes rejetées en raison du retard déraisonnable et de la futilité de la procédure — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en modifiant la décision du juge des requêtes, prise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de ne pas accorder la réparation demandée?

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS), 3.

2. Justice naturelle — Droit d'être entendu — Fonction publique — Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recommandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Le sous-ministre n'a pas entendu le candidat — Y a-t-il eu déni de justice naturelle?

THOMSON C. CANADA (SOUS-MINISTRE DE L'AGRICULTURE), 385.

3. Crainte de partialité — Commission chargée de l'élaboration de politiques — Un membre de la Commission a exprimé des opinions bien arrêtées sur une question dont la Commission était saisie — Décision rendue après le refus de la Commission d'écarter ce membre de la formation étudiant la question — Dans quelle mesure un membre d'une commission administrative peut-il commenter des questions soumises à la commission? — Y a-t-il eu une crainte raisonnable de partialité? — Dans l'affirmative, la décision rendue était-elle nulle ou seulement susceptible d'annulation?

NEWFOUNDLAND TELEPHONE CO. C. TERRE-NEUVE (BOARD OF COMMISSIONERS OF PUBLIC UTILITIES), 623.

4. Justice naturelle — Audience équitable — Le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité a examiné si un résident permanent participait à des activités criminelles organisées — Audience du comité tenue en partie à huis clos — Communication de renseignements généraux et d'un résumé des procédures — Une conclusion à la participation à des activités criminelles organisées exclut tout appel devant la Commission d'appel de l'immigration fondé sur des motifs de compassion.

CHIARELLI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 711.

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

5. Justice naturelle — Indépendance des membres de la Commission des affaires sociales du Québec — Procédure de consultation institutionnalisée — Projet de décision envoyé systématiquement au conseiller juridique de la Commission pour vérification et consultation — Réunion plénière convoquée dans certains cas par les commissaires chargés de rendre la décision ou par le président de la Commission pour discuter d'une question donnée — Réunions menées de façon à dégager un consensus: vote, prise des présences et rédaction d'un procès-verbal — Le mécanisme de consultation mis en place par la Commission est-il conforme aux principes de justice naturelle? — Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34, art. 10.

TREMBLAY C. QUÉBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES), 952.

6. Justice naturelle — Apparence de partialité — Droit d'être entendu — Commission des affaires sociales du Québec — Projet de décision unanime préparé par les deux commissaires présents à l'audience examiné par le président de la Commission qui propose une opinion contraire — Convocation d'une réunion plénière de la Commission pour discuter de la question de droit en litige — Désaccord entre les commissaires chargés de rendre la décision suite à cette réunion — Question en litige tranchée par le président — Le rôle actif joué par le président viole-t-il les principes de justice naturelle? — Loi sur la Commission des affaires sociales, L.R.Q., ch. C-34, art. 10.

TREMBLAY C. QUÉBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES), 952.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Répartition des pouvoirs législatifs — Environnement — Évaluation environnementale — Les lignes directrices fédérales en matière d'environnement sont-elles *intra vires* du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS), 3.

2. Charte des droits — Droit d'être jugé par un tribunal impartial — Sélection des jurés — Droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart — Récusations péremptoires — L'article 563 du Code criminel est-il incompatible avec l'art. 11d)? — Si oui, est-il justifié en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 562(1), (2), (3), 563(1), (2), (3), 567(1a), b), c), e), f), (2), 570(1), (2).

R. C. BAIN, 91.

3. Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé voulait savoir si les services d'un avocat avaient été retenus — L'accusé a demandé si son père avait téléphoné — Les

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

policiers ont répondu littéralement à la question sans informer l'accusé que son père avait retenu les services d'un avocat — L'accusé a été interrogé et a fait des déclarations — Ces déclarations sont-elles admissibles? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b).

R. C. BAIN, 91.

4. Garanties linguistiques — Portée de l'art. 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba — Textes de nature législative — L'article 23 s'applique-t-il à certains types de décrets et aux documents incorporés par renvoi dans les "lois de la législature" — Les décrets relèvent-ils de l'expression «archives, procès-verbaux et journaux» de la Chambre dans l'art. 23? — Critères permettant de déterminer la nature législative — Prorogation du délai pour se conformer à l'art. 23 — Prorogation de la période de validité temporaire — Rétroactivité — Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, ch. 3, art. 23.

RENVOI RELATIF AUX DROITS LINGUISTIQUES AU MANITOBA, 212.

5. Charte des droits — Application — Cours martiales — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — L'article 11 de la Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-il aux procédures d'une cour martiale générale? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

R. C. GÉNÉREUX, 259.

6. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cour martiale générale — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — L'organisation de la cour martiale générale porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

R. C. GÉNÉREUX, 259.

7. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial — Membre des Forces armées canadiennes jugé par une cour martiale générale relativement à des accusations en matière de stupéfiants et de désertion — La cour martiale générale est-elle un tribunal indépendant et impartial? — L'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés offre-t-il une plus grande protection que l'art. 11d) de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

R. C. GÉNÉREUX, 259.

8. Charte des droits — Égalité devant la loi — Personnel militaire — Membre des Forces armées canadiennes accusé d'infractions en matière de stupéfiants et jugé devant un tribunal militaire en vertu de la Loi sur la défense nationale — Droit pour

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

le civil accusé des mêmes infractions de subir son procès devant une cour criminelle ordinaire — Le procès devant un tribunal militaire porte-t-il atteinte à l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 130.

R. C. GÉNÉREUX, 259.

9. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Stupéfiants découverts à la suite d'une perquisition au domicile de l'accusé — Caractère inacceptable de la procédure suivie pour obtenir un mandat de perquisition — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives — La preuve composée des stupéfiants devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. GÉNÉREUX, 259.

10. Charte des droits — Tribunal indépendant et impartial — Cour martiale générale — Membre des Forces armées canadiennes accusée d'absence sans permission et jugée par une cour martiale générale — L'organisation de la cour martiale générale porte-t-elle atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 166 à 170.

R. C. FORSTER, 339.

11. Partage des pouvoirs — Assurance — Titre conféré par une association d'assureurs-vie à charte fédérale — Pouvoir de réglementer une activité provinciale — Conférer et détenir un titre constitue un acte neutre qui n'est pas nécessairement lié à la réglementation d'une profession et qui n'est donc pas limité par le partage des pouvoirs — Loi constituant en corporation The Life Underwriters' Association of Canada, S.C. 1924, ch. 104, art. 2e).

ASSOC. DES ASSUREURS-VIE DU CANADA C. ASSOC. PROVINCIALE DES ASSUREURS-VIE DU QUÉBEC, 449.

12. Liberté d'expression — Obscénité — Matériel obscène — La définition de l'obscénité du Code criminel viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).

R. C. BUTLER, 452.

13. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Surveillance électronique — Dispositifs de surveillance — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — L'utilisation du dispositif viole-t-

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

elle le droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. WISE, 527.

14. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — Violation du droit de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives — L'utilisation de la preuve ainsi obtenue est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. WISE, 527.

15. Garanties linguistiques — Textes de nature législative — Loi du Québec prévoyant la fusion de deux villes — Processus législatif scindé en une série d'étapes distinctes — Tous les textes, du décret ministériel reportant les élections municipales à l'avis de délivrance des lettres patentes de la nouvelle ville, doivent-ils respecter l'art. 133 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi concernant les villes de Rouyn et de Noranda, L.Q. 1985, ch. 48.

SINCLAIR C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 579.

16. Charte des droits — Tribunal compétent — Enquête préliminaire — Le juge président à l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour décider si les dispositions législatives violent la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

R. C. MOORE, 619.

17. Charte des droits — Droit à la liberté et droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale — Expulsion d'un résident permanent reconnu coupable d'un crime grave — Aucune possibilité d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration pour des motifs de compassion si le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité conclut à la participation à des activités criminelles organisées — Communication du résumé de l'audience à huis clos du comité — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté et du droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, garantis à l'art. 7? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

CHIARELLI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 711.

18. Charte des droits — Peine ou traitement cruels et inusités — Expulsion d'un résident permanent reconnu coupable d'un crime grave — Y a-t-il eu violation du droit à la protection contre

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

les traitements ou les peines cruels et inusités, garanti à l'art. 12? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12.

CHIARELLI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 711.

19. Charte des droits — Droits à l'égalité — Expulsion d'un résident permanent reconnu coupable d'un crime grave — Aucune possibilité d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration pour des motifs de compassion si le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité conclut à la participation à des activités criminelles organisées — Y a-t-il eu violation du droit, garanti à l'art. 15, au même bénéfice de la loi, laquelle ne fait acception de personne? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.

CHIARELLI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 711.

20. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de 14 mois ½ entre l'arrestation de l'accusée et son procès — Le délai a été causé uniquement par la pénurie des ressources institutionnelles — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. MORIN, 771.

21. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Délai de 13 mois entre l'arrestation de l'accusé et son procès — Y a-t-il eu violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. SHARMA, 814.

22. Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant la preuve des stupéfiants en vertu de l'art. 24(2) de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. DUNCANSON, 836.

23. Charte des droits — Présomption d'innocence — Texte législatif créant une infraction de responsabilité stricte — Restriction à la présomption d'innocence justifiable — Loi sur les licences d'exportation et d'importation, S.R.C. 1970, ch. E-17, art. 13 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d).

R. C. MARTIN, 838.

24. Charte des droits — Présomption d'innocence — Disposition portant inversion de la charge de la preuve — Moyen de défense de diligence raisonnable prévue par la loi et la common law à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités — Restriction à la présomption d'innocence justifiable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur la santé et la sécurité au travail, L.R.O. 1980, ch. 321, art. 37(1), (2).

R. C. ELLIS-DON LTD., 840.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

25. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — En raison du manque d'installations nécessaires, 19 mois se sont écoulés avant que l'accusé ne subisse son procès — Une personne morale peut-elle invoquer le droit d'être jugé dans un délai raisonnable? — Dans l'affirmative, le délai en l'espèce est-il déraisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. CIP INC., 843.

26. Charte des droits — Droit criminel — Outrage criminel au tribunal — Directives d'un tribunal provincial déposées en cour supérieure en tant qu'ordonnances de cette cour — Le syndicat ayant violé ces ordonnances, il a été reconnu coupable d'outrage criminel — Le syndicat avait-il la capacité juridique d'être reconnu coupable d'outrage criminel? — L'infraction que constitue l'outrage criminel viole-t-elle la Charte? — Une directive émise par une commission provinciale et déposée en cour supérieure peut-elle donner lieu à un outrage criminel?

UNITED NURSES OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 901.

27. Charte des droits — Garanties dont peut se prévaloir un accusé lors d'un procès au criminel — Contre-interrogatoire — Refus du droit de contre-interroger sur certains affidavits pour le motif que l'accusé ne pouvait préalablement établir la pertinence du contre-interrogatoire — Le syndicat n'ayant pas été autorisé à contre-interroger sur les affidavits, la procédure a-t-elle violé la Charte?

UNITED NURSES OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 901.

28. Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de garder le silence — Preuve composée d'une conversation de l'accusé avec un agent — L'utilisation de cette preuve ordonnée par la Cour d'appel ne viole pas le droit de garder le silence que l'art. 7 garantit à l'accusé — Nouveau procès ordonné à bon droit — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

R. C. VAN HAARLEM, 982.

29. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Annulation de l'arrêt des procédures ordonné par le juge de la Cour supérieure.

R. C. PASINI, 1018.

DROIT CRIMINEL

1. Sélection des jurés — Droit du ministère public de mettre des jurés à l'écart — Récusations péremptoires — L'article 563 du Code criminel est-il incompatible avec l'art. 11d)? — Si oui, est-il justifié en vertu de l'article premier?

R. C. BAIN, 91.

DROIT CRIMINEL—Suite

2. Inconduite — Faire du tapage — L'accusé a crié des obscénités à un voisin — Sens de «tapage» — L'accusé a-t-il fait du tapage dans un endroit public? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 175(1)a)(i).

R. C. LOHNES, 167.

3. Obscénité — Matériel obscène — La définition de l'obscénité du Code criminel viole-t-elle le droit à la liberté d'expression garanti à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).

R. C. BUTLER, 452.

4. Surveillance électronique — Dispositifs de surveillance — Installation sans autorisation par la police d'un dispositif de surveillance électronique dans l'automobile de l'accusé afin de surveiller ses allées et venues — L'utilisation du dispositif viole-t-elle la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives reconnue à l'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'utilisation de la preuve ainsi obtenue est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte?

R. C. WISE, 527.

5. Procédures — Réunion — Infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et acte criminel faisant l'objet de dénonciations distinctes instruits ensemble avec le consentement des parties — S'agissait-il de deux procès distincts, la preuve produite dans l'un s'appliquant à l'autre? — Un tribunal a-t-il compétence pour instruire deux dénonciations distinctes dans un seul procès? — Peut-on réunir une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et un acte criminel et les juger ensemble? — Les procédures constituaient-elles une irrégularité procédurale et, dans l'affirmative, l'art. 686(1)b)(iv) du Code criminel peut-il s'appliquer pour maintenir la déclaration de culpabilité? — Code criminel, L.R.C. (1985), art. 591, 686(1)b)(iv).

R. C. CLUNAS, 595.

6. Ordre de fournir des échantillons de sang — L'ordre doit-il comprendre les garanties que les échantillons de sang ne seront prélevés que par un médecin qualifié ou sous sa direction et ne mettront pas en danger la vie ou la santé de la personne visée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 254(3), (4), (5).

R. C. GREEN, 614.

7. Enquête préliminaire — Compétence — Le juge président à l'enquête préliminaire n'a pas compétence pour décider si les dispositions législatives violent la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

R. C. MOORE, 619.

DROIT CRIMINEL—Suite

8. Renvoi à procès — Éléments de preuve justifiant le renvoi à procès de l'accusé relativement à une accusation de séquestration illégale — Requête de l'accusé en annulation de l'ordonnance de renvoi à procès rejetée à bon droit — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 279(3).

R. C. MOORE, 619.

9. Infraction au Code de la sécurité routière du Québec — Surcharge lors de la pesée d'un véhicule — Balance approuvée — Preuve.

QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. TRANSPORT G. GOURCHESNE INC., 621.

10. Vol — Détournement — Société de l'accusé payée deux fois pour les mêmes services — Second chèque émis par erreur à la connaissance de l'accusé — Second chèque déposé dans le compte de la société par l'accusé qui a ensuite tiré des chèques dont il était lui-même bénéficiaire — L'accusé est-il coupable de vol? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322(1).

R. C. MILNE, 697.

11. Jeunes contrevenants — Accusée reconnue coupable d'avoir proféré des menaces — La Cour d'appel a ordonné l'acquittement — Le tribunal pour adolescents peut-il refuser d'inscrire un verdict de culpabilité pour le motif que l'accusation n'aurait jamais dû être portée? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3(1), 19(2).

R. C. T. (V.), 749.

12. Meurtre — Jeune homme déclaré coupable de meurtre en 1970 — Nouvelle preuve — Renvoi à la Cour suprême du Canada en 1991 — Le maintien de la déclaration de culpabilité de l'accusé constitue-t-elle une erreur judiciaire? — Principes directeurs appliqués par la Cour pour rendre sa décision.

RENOVI RELATIF À MILGAARD (CAN.), 866.

13. Outrage criminel au tribunal — Directives d'un tribunal provincial déposées en cour supérieure en tant qu'ordonnances de cette cour — Le syndicat ayant violé ces ordonnances, il a été reconnu coupable d'outrage criminel — Le syndicat avait-il la capacité juridique d'être reconnu coupable d'outrage criminel? — L'infraction que constitue l'outrage criminel viole-t-elle la Charte? — Une directive émise par une commission provinciale et déposée en cour supérieure peut-elle donner lieu à un outrage criminel? — Labour Relations Act, R.S.A. 1980, ch. L-1.1, art. 142(7) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b), 7, 11a), g) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

UNITED NURSES OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 901.

DROIT CRIMINEL—Fin

14. Preuve — Accusation d'agression sexuelle contre un enfant — Norme de preuve — Témoin enfant — Crédibilité.

R. C. M. (W.H.), 984.

15. Procès — Exposés au jury — Accusé inculpé de meurtre — Arme du meurtre trouvée dans la voiture de l'accusé — Dans son exposé au jury, l'avocat de la défense a mal résumé la preuve concernant l'accès à la voiture de l'accusé — Le juge du procès n'a pas corrigé l'erreur de l'avocat de la défense dans ses directives au jury — L'acquiescement de l'accusé a été annulé par la Cour d'appel et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée — Le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si la preuve avait été bien résumée.

R. C. NEVERSON, 1014.

DROIT DE LA FAMILLE

1. Prestation compensatoire — Discretion — Divorce — Résidence familiale appartenant à l'épouse — Prêt hypothécaire remboursé par l'époux — Demande de prestation compensatoire rejetée — Aucune raison de modifier les conclusions du juge des faits — Intervention de la Cour d'appel injustifiée — Code civil du Québec, art. 559.

M. (M.E.) c. L. (P.), 183.

2. Prestation compensatoire — Approche à suivre dans l'examen des faits — Critères additionnels pour établir une prestation compensatoire — Nature des apports pouvant contribuer à l'enrichissement du patrimoine du conjoint — Effets des contrats intervenus entre les parties — Code civil du Québec, art. 559.

M. (M.E.) c. L. (P.), 183.

3. Prestation compensatoire — Résidence familiale acquise conjointement par les époux mais payée par le mari — Demande de prestation compensatoire rejetée — Aucune raison de modifier la conclusion du juge des faits — Intervention de la Cour d'appel injustifiée.

T. (K.N.) c. P. (G.R.), 210.

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

1. Évaluation environnementale — Validité législative du décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Le décret sur les lignes directrices est-il autorisé par l'art. 6 de la Loi sur le ministère de l'Environnement? — Le décret sur les lignes directrices est-il incompatible avec la Loi sur la protection des eaux navigables? — Loi sur le ministère de l'Environnement,

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT—Fin

L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 6 — Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5, 6 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS), 3.

2. Évaluation environnementale — Applicabilité du décret fédéral sur les lignes directrices en matière d'environnement — Construction d'un barrage par l'Alberta sur la rivière Oldman — Barrage touchant des domaines de compétence fédérale comme les eaux navigables et les pêches — Le décret sur les lignes directrices s'applique-t-il seulement aux nouveaux projets fédéraux? — Le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans sont-ils tenus de se conformer au décret sur les lignes directrices? — Loi sur le ministère de l'Environnement, L.R.C. (1985), ch. E-10, art. 4(1)a, 5a(ii), 6 — Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 2 «proposition», «ministère responsable», 6 — Loi sur la protection des eaux navigables, L.R.C. (1985), ch. N-22, art. 5 — Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 35, 37.

FRIENDS OF THE OLDMAN RIVER SOCIETY C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS), 3.

DROIT DU TRAVAIL

Licenciement non motivé — Préavis — Contrats de travail stipulant des périodes de préavis plus courtes que le minimum prescrit par la loi — Stipulations contractuelles nulles et sans effet — Les employés ont-ils droit à un préavis raisonnable ou au minimum légal? — Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1980, ch. 137, art. 3, 4, 6, 40(1)c, 7a).

MACHTINGER C. HOJ INDUSTRIES LTD., 986.

FONCTION PUBLIQUE

Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recommandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Le sous-ministre est-il tenu de suivre la recommandation du comité? — Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21, art. 42, 52(1), (2).

THOMSON C. CANADA (SOUS-MINISTRE DE L'AGRICULTURE), 385.

FORCES ARMÉES

Infractions militaires — Absence sans permission — Mens rea — L'officier ne s'est pas présentée à son nouveau poste et a été accusée d'absence sans permission — L'officier croyait honnêtement qu'elle avait démissionné des Forces armées — Une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques de ses actes ne constitue pas un moyen de défense opposable à l'accusation — Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 90, 150.

R. C. FORSTER, 339.

HÔPITAUX

Dossiers médicaux — Confidentialité — Signature par l'assuré, au moment de la proposition d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux "aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres" — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — L'hôpital devrait-il donner à l'assureur accès aux dossiers médicaux de l'assuré? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.

FRENETTE C. MÉTROPOLITAINE (LA), CIE D'ASSURANCE-VIE, 647.

IMMIGRATION

Expulsion — Expulsion d'un résident permanent ordonnée après sa déclaration de culpabilité d'une infraction grave — Aucune possibilité d'appel devant la Commission d'appel de l'immigration pour des motifs de compassion si le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité conclut à la participation à des activités criminelles organisées — Communication du résumé de l'audience à huis clos du comité — Y a-t-il eu violation du droit à la liberté et du droit à ce qu'il n'y soit porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, garantis à l'art. 7? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, art. 4(2), 19(1d)(ii), 27(1d)(i), (ii), (3), (4), 32(2), 72(1a), b), 82.1(1), (2a), c), (3), (4), (5), (6a), b), 83(1a), (2).

CHIARELLI C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 711.

IMPÔT SUR LE REVENU

Exemptions — Prestations régulières et majorées d'assurance-chômage reçues par un Indien habitant une réserve —

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

Indien admissible aux prestations en raison du travail effectué sur la réserve — Critère du situs des prestations d'assurance-chômage — Les prestations sont-elles exemptes d'impôt en vertu de la Loi sur les Indiens? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. 1-6, art. 87 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1a)(iv).

WILLIAMS C. CANADA, 877.

INDIENS

Taxation — Exemptions — Prestations régulières et majorées d'assurance-chômage reçues par un Indien habitant une réserve — Indien admissible aux prestations en raison du travail effectué sur la réserve — Critère du situs des prestations d'assurance-chômage — Les prestations sont-elles exemptes d'impôt en vertu de la Loi sur les Indiens? — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. 1-6, art. 87 — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(1a)(iv).

WILLIAMS C. CANADA, 877.

LÉGISLATION

Interprétation — Fonction publique — Habilitation de sécurité — Refus d'accorder l'habilitation de sécurité au candidat retenu — Recommandation du comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité d'accorder l'habilitation de sécurité — Refus du sous-ministre de suivre la recommandation du comité — Sens du mot "recommandations" dans la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité.

THOMSON C. CANADA (SOUS-MINISTRE DE L'AGRICULTURE), 385.

MÉDECINS ET CHIRURGIENS

Faute professionnelle — Enfant ayant subi une section de l'artère et une importante perte de sang — Le médecin de l'hôpital général a fait transférer l'enfant à l'hôpital pédiatrique — L'enfant a ultérieurement subi un arrêt cardiorespiratoire qui a entraîné une lésion cérébrale — Le juge de première instance a statué que le médecin n'avait pas été négligent — La Cour d'appel a infirmé ce jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?

LAPOINTE C. HÔPITAL LE GARDEUR, 351.

OUTRAGE AU TRIBUNAL

Renvoi relatif à Milgaard — Témoin — Parjure — Arrêt des procédures pour outrage.

RENOI RELATIF À MILGAARD (CAN.), 875.

PRATIQUE

Nouvelle audition — Avocat des appelants absent au moment de l'audience — Procédure d'établissement des dates d'audition — La Cour n'est pas tenue d'informer les avocats des dates d'audition — L'avocat ne s'est pas acquitté de son devoir de vérifier la date inscrite — Nouvelle audition accordée par complaisance — La décision d'accueillir la requête ne doit pas créer de précédent — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 51.

LEFEBVRE C. HOJ INDUSTRIES LTD., 831.

PREUVE

Admissibilité — Violation du droit à l'assistance d'un avocat — L'accusé a été interrogé et a fait des déclarations — Ces déclarations sont-elles admissibles?

R. C. BAIN, 91.

PROCÉDURE CIVILE

1. Appel — Appel incident — Comparution et déclaration de l'appel incident déposées au greffe de la cour de première instance au lieu du greffe des appels — Requête pour permission spéciale de produire la comparution et la déclaration au greffe des appels présentée à la Cour d'appel deux ans après le jugement de première instance — Les articles 2 et 502 C.p.c. sont-ils applicables en l'espèce? — Dans la négative, la Cour d'appel pouvait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 523 C.p.c. pour corriger le défaut dans l'inscription de l'appel incident? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 494, 499, 500, 502, 523.

QUÉBEC (COMMUNAUTÉ URBAINE) C. SERVICES DE SANTÉ DU QUÉBEC, 426.

2. Production de documents — Dossiers médicaux — Signature par l'assuré, au moment de la proposition d'assurance-vie, d'une formule permettant à l'assureur d'avoir accès à ses dossiers médicaux "aux fins d'appréciation des risques et d'étude des sinistres" — Enquête de l'assureur sur la cause du décès de l'assuré — Refus de l'hôpital de donner à l'assureur accès aux dossiers médicaux de l'assuré — Application de l'art. 402 C.p.c. — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9 — Loi

PROCÉDURE CIVILE—Fin

sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-5, art. 7, 8.

FRENETTE C. MÉTROPOLITAINE (LA), CIE D'ASSURANCE-VIE, 647.

QUALITÉ POUR AGIR

Groupe d'intérêt public — Modifications de la Loi sur l'immigration qui rendent plus stricte la détermination du statut de réfugié — Groupe d'intérêt public actif chez les réfugiés et les immigrants — Action intentée pour contester la constitutionnalité de la Loi en vertu de la Charte — Faut-il reconnaître au groupe qualité pour agir aux fins de la contestation des dispositions? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

CONSEIL CANADIEN DES ÉGLISES C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 236.

RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Faute professionnelle — Enfant ayant subi une section de l'artère et une importante perte de sang — Le médecin de l'hôpital général a fait transférer l'enfant à l'hôpital pédiatrique — L'enfant a ultérieurement subi un arrêt cardiorespiratoire qui a entraîné une lésion cérébrale — Le juge de première instance a statué que le médecin n'avait pas été négligent — La Cour d'appel a infirmé ce jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en annulant les conclusions de fait?

LAPOINTE C. HÔPITAL LE GARDEUR, 351.

2. Hôpital — Action intentée contre un médecin et l'hôpital — Absence de faute de la part du médecin — Action contre l'hôpital rejetée.

LAPOINTE C. HÔPITAL LE GARDEUR, 382.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Négligence — Perte économique — Dommages causés par un chaland à un pont ferroviaire appartenant à l'État — Pont utilisé par des compagnies ferroviaires en vertu d'un contrat — Défendeurs tenus de verser des dommages-intérêts au propriétaire du pont — Impossibilité pour les compagnies ferroviaires de se faire indemniser de leurs pertes économiques par le propriétaire du pont — Les défendeurs sont-ils responsables de la perte

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

économique subie par les compagnies ferroviaires qui utilisent le pont?

CIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. NORSE
PACIFIC STEAMSHIP Co., 1021.

TRIBUNAUX

Tribunaux administratifs — Caractère confidentiel du délibéré
— Objections de la Commission des affaires sociales du Québec

TRIBUNAUX—Fin

aux questions du bénéficiaire portant sur le processus de consultation formel mis sur pied par la Commission — Les objections à la preuve basées sur le secret du délibéré doivent-elles être rejetées?

TREMBLAY C. QUÉBEC (COMMISSION DES AFFAIRES SOCIALES),
952.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9